

الحاماه

مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد يناير - أبريل ١٩٩٥



الجزء الأول

الحامله

مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد يناير - أبريل ١٩٩٥



الجزء الأول

بغير الإنسان الحر ، وقضاء مستقل ،
وبغير محاماة تنتصر للمظلوم أمام ذلك
القاضي المستقل لن يسلم حالنا أبداً

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه

نسجد لله شكراً وعرفاناً بفضلله سبحانه وتعالى إذ مكن جمعيتكم العمومية من اختيار مجلسكم للوقر عام ١٩٩٢ وكان هذا المجلس الذي اختاره المحامون بجامع منفعل التقدير - وعلي رأسه الاستاذ / النائب الجليل احمد الخواجه - والذي قاد سفينة مجلسكم بحكمة واقتدار - وبفضل الله سبحانه وتعالى وتوفيقه وناب أعضاء مجلسكم في البذل والعطاء وفاء للثقة التي منحتها اياهم جمعيتكم العمومية - لم يتخلف أحد من أعضاء مجلسكم عن أداء دوره في ثقلان واخلاص كل في مكانه ودوره - لم يقصر أحد منهم في خدمة المحامين بامتثال بهذه الرسالة السامية - والثقة الغالية التي يهون امامها كل بذل وعطاء .

وإذا كان هناك عمل ينسب إلي هذا المجلس

أولاً : تجديد شباب مجلة الحاماة وبعثها من جديد أكثر قوة وشباباً - فنخر بها ونقدمها بكل اعزاز وفخر وانعكس ذلك في الإقبال عليها أن زاد المطلب عليها وأصبحت تنفذ فور صدورها مما جعل مجلسكم يوصي بزيادة المطبوع منها حتي تصل لكل محام - ناهيك عن غير المحامين الذين يطلبونها بأي ثمن لتقرره النقابية لأهميتها - مما جعلنا نفكر في طرحها لغير المحامين بسعر تكتفلها حتي نلبي تلك الطلبات من أسرة القانون .

وإذا كنا سوف نعد ما قام به مجلسكم فإن مشروع التكافل الذي ينتظر منكم الاشتراك والإقبال عليه حتي يمكن هذا المشروع من تقديم أكثر من ما هو مطروح الآن ، إذ كلما زاد عدد المشتركين كلما أعطي هذا المشروع الكثير للمحامين في السنوات القادمة .

وإذا كان الكتاب القانوني أصبح ميسراً للمحامي في كل مكان بالشراء الفوري أو التيسير مما زاد من اقتناء المحامين لهذه الكتب والرتت مكتبة المحامي - ارتقاء بهذه المهنة للخالد .

وزاء نجاح مشروع نقل للمحامين بين المحاكم بالقاهرة أصبح رمزاً مسجداً للعمل النقابي الجيد - واستفاد منه المحامون مما يضاعف جهداً وسوف ننقل هذه الخدمة إلي النقابات الفرعية قريباً بإذن الله .

ولما كان المحامون وجمعيتهم العمومية أكثر انشغالاً بما يدور في مجلسهم وثقافته في خدمة المحامين إذ انعقدت يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ أول جمعية عمومية للمحامين منذ سنوات طويلة من عمر مجلسكم - والذين حضروا هذه الجمعية رأوا جميعاً كيف انعقدت في هدوء تام باجراءات قانونية لا يسيطر عليها سوي إرادة المحامين ووعيمهم - إذ لم تحدث أية شائبة تعكر من صفو هذه الجمعية وتعكس احترام المحامين ووعيمهم وإرائتهم التي انصبت قرارات لهذه الجمعية - وكانت مثلاً لا يقتصر به بين الجمعيات العمومية التي حدثت من قبل - لم يحدث ما يكرس صفو إرادة المحامين ، بل الجميع كان متعاوناً من أجل هذه المهنة العظيمة ورسالتها السامية .

أن يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ يوم انعقاد الجمعية العمومية للمحامين هو نقطة تحول لم يسبق لها مثيل وقد وضعت النقط فوق الحروف إذ قفز المعاش من ٢٨٠ جنيه إلي ٧٠٠ جنيه أي إلي أكثر من مائة في المائة .

لقد رأينا الإبتسامة العريضة علي وجوه المحامين وسالت من أوشك علي المعاش ووجدته فرحاً بنقل معاشه من ٢٨٠ جنيه إلي ٧٠٠ جنيه - وسالت من هم في أول الطريق وجنتهم أكثر فرحاً وقال أحدهم إذا كان هذا المجلس في دورة واحدة قفز بالمعاش إلي أكثر من مضاعفة المعاش فإنني أتصور في الدورة القادمة سيصل المعاش إلي ١٥٠٠ جنيه وبعد خمسة عشر عاماً عندما أصل إلي المعاش أتخيل أن أحصل علي ٣٠٠٠ جنيه شهرياً إذا كانت سياسة مجلسكم باقية . قلت هذا مرهون بكم أنتم أعضاء الجمعية العمومية تعمل من خلال تأييدكم وثالثكم التي نحرص عليها وفاء للوعد الذي قطعناه علي أنفسنا أمام الله سبحانه وتعالى .

وإذا كان لنا كلمة فإننا نقول للذين يعضون العرائيل أمام المجلس حتي لا يعمل ، واشغاله حتي لا يتأخذ قرارات في صالح المحامين - أن المحامين بكل فخر وشيم قالوا كلمتهم يوم ١٩٩٥/٦/٢٣ نعم لهذا المجلس الذي أوفي بعهده - وكان محل ثقتهم واعتزازهم وفخراً لهم علي مر الأجيال .

لقد دخل هذا المجلس بتقنيته وأعضاؤه التاريخ وسجل صفحة ناصعة من العمل النقابي تفخر بها الأجيال القادمة في مهنة الحاماة .

والله غالب علي امره ولكن أكثر الناس لا يعلمون .

محمد السيد حمزون

المحامي

وكيل نقابة المحامين

الجمعية العمومية

يوم ١٩٩٥/٦/٢٢ في سطور

هذه أول جمعية عمومية تعقد بنقابة المحامين منذ سنوات دون أن يحدث ما يعكر صفو الأمن بها - بل تمت في هدوء لأول مرة - ومارس كل محام حقه الطبيعي في الإدلاء بصوته بأمان - فرحاً بعقد جمعيته العمومية - حريصاً عليها - يحميها كتفسه ويزود عنها بكل ما يملك - لأنها إرادة المحامين .

عند اللذين حضروا الجمعية العمومية ١٦٤٠ وهو ما يعقق النصاب القانوني .

اجمالي الأصوات ١٥٣٤ - الأصوات الباطلة ١٥ الأصوات الصحيحة ١٥١٩ صوتاً .

ميزانية ١٩٩٣ - موافقة ١٤١٦ صوتاً ورفض ١٠٣ صوتاً .

ميزانية ١٩٩٤ - موافقة ١٤١٤ صوتاً ورفض ١٠٥ صوتاً .

زيادة المعاش - موافقة ١٤٤٦ صوتاً ورفض ٧٣ صوتاً .

قرارات الجمعية العمومية :

أولاً: التصديق على ميزانية النقابة وصندوق الرعاية الاجتماعية والصحية لعام ١٩٩٣ وتقرير مراقب الحسابات .

ثانياً: التصديق على ميزانية النقابة وصندوق الرعاية الاجتماعية والصحية لعام ١٩٩٤ وتقرير مراقب الحسابات .

ثالثاً: زيادة المعاش إلى ٧٠٠ جنيه (سبعمائة جنيه) حد أقصى و١٧٥ جنيه (مائة خمسة وسبعين جنيه) حد أدنى للسادة الأساتذة المحامين ذوي المكاتب الخاصة مع سريان زيادة المزايا للسادة الأساتذة محامى القطاع العام وفقاً للنسبة المحددة بالقانون وذلك مع زيادة التبعات والاشتراكات إلى قيمتها السابقة قبل الألفاء فقط على أن تطبق زيادة المعاش اعتباراً من ١٩٧٧/١/١ .

اعضاء المجلس الذين حضروا الجمعية العمومية هم الأساتذة :

محمد السيد حمدون - بشري عصفور - أحمد سيف الإسلام - مختار نوح - خالد بدوى - جلال سعد - يوسف كمال -
ناجع طه - محمد مصطفى علوان - سامح عاشور - بهاء عبد الرحمن - أسامة محمود - محمد طوسون - رأفت سيف -
عاكف جاد - محمد أبو الوفا - محمد فزاع .



لجنة الاشراف تكونت من الاساتذة :

محمد السيد حمدون وكيل المجلس - بشرى عصافور وكيل المجلس - حسين إبراهيم نقيب الاسماعيلية - فرج محمد على كلبوش أمين عام نقابة كفر الشيخ - مدحت عاشور نقيب كفر الشيخ - صلاح القفص نقيب الغربية - خالد بدوي أمين مساعد الصندوق - يوسف كمال عضو المجلس - بهاء عبد الرحمن عضو المجلس - ناجح طه عضو المجلس .

وتلى السيد الأستاذ أمين الصندوق / **مختار نوح** تقرير مراقبة الحسابات بعد أن قدم الشكر للمجلس والسيد الأستاذ النقيب / أحمد الخواجه - وقررت الجمعية العمومية الآتي :

تقديم الشكر للأستاذ / **أحمد الخواجه** نقيب المحامين على العطاء الدائم طوال ربع قرن من الزمان للعمل النقابي .

تقديم الشكر للأستاذ / **حسين الكلية** نقيب الاسماعيلية بصفته أكبر الأعضاء سناً ورئيس اللجنة اللجنة المشرفة على الجمعية العمومية - كما أشاد بدور الأستاذ / **صلاح القفص** نقيب الغربية والأستاذ / **مدحت عاشور** نقيب كفر الشيخ .

تقديم الشكر للأستاذ / **مختار نوح** أمين الصندوق عما بذله من جهد في اعداد ميزانية ٩٣ ، ١٩٩٤ والتي نالت اجماع الجمعية العمومية وكذلك زيادة المعاشات والمشروعات التي قدمها الصندوق للمحامين .

تقديم الشكر للأستاذ / **خالد بدوي** أمين الصندوق المساعد لما بذله من جد في اعداد الميزانيات وزيادة المعاشات .

وكان التصويت عن طريق الاقتراع المكتوب - وعن طريق المناقشة العلنية برفع الأيدي في وقت واحد .



إنها علامة من
علامات التاريخ ..
ووقفه مع النفس ..
وميلاد جديد ..
لنقابة
المحامين ..



نافذة على الأحداث

وانتصرت إرادة المحامين

انعقدت أول جمعية عمومية عادية منذ أكثر من ٢٠ عاماً .. وأحتشدت المئات بدار النقابة العامة ليجددوا الثقة بمجلسهم المنتخب وليقرروا .

أولاً : التصديق على ميزانية عام ١٩٩٣ وتقرير مراقب الحسابات المرفق .

ثانياً : التصديق على ميزانية عام ١٩٩٤ وتقرير مراقب الحسابات المرفق .

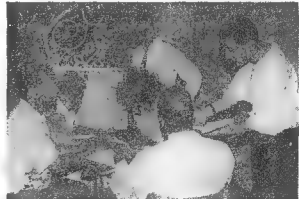
ثالثاً : الموافقة على المشروع المقدم من أمانة الصندوق والمحال من مجلس النقابة إلى الجمعية العمومية برفع المعاش إلى ٧٠٠ سبعة مائة جنيه كحد أقصى وإلى ١٧٥ مائة وخمسة وسبعين جنيهاً كحد أدنى مع زيادة التصفيات والاشتراكات على النحو الذي قرره مجلس النقابة السابق . أولاًها المحامون لنا قد طوقت أعناقنا ونسى المخلصون العاملون أمام أقبال المحامين كل ألم وعناء واحتسبوا عند ربهم إنك المرجفون وأكاذيب الحاقدين .

وفي الوقت الذي يقوم فيه مجلسكم بدعم العلاج بحمد الله بما يصل إلى عشرة ملايين من الجنيهات في عام ١٩٩٥ ينعم علينا الله بزيادة أصول النقابة في عامين وزيادة مواردها بنسبة تصل إلى ٦٠٪ متمثلة في عشرة من الآتية والمشاروعات العملاقة وأخرها حاجز الامواج بالاسكندرية .

وكان تقسيط الكتاب وزيادة المعاش إلى (اربعمائة جنيهه) دون أى أعباء على المحامي ثم إلى (سبعمائة جنيهه) فى أقل من عامين وفتح باب العلاج

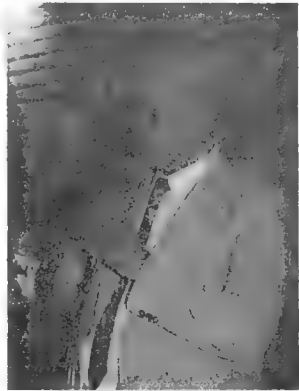


ليشمل أكثر من ١٢٠ ألف من المستفيدين وعلاج الأب والأم ودعم النقابات الفرعية والشباب بتسهيل خطوط المواصلات الخاصة بالجيزة والقاهرة ودعم رحلات الرفاء للصحامين المحالين إلى المعاش والرحلات الدينية من عمرة وحج وزيارات الأخوة المسيحيين إلى الأديرة والأماكن المقدسة ومساندة المحامين فى الكوارث يصل



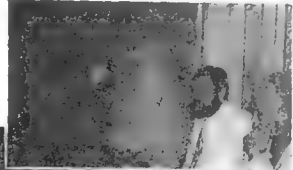


حجم الدعم إلى مليونين كاسملي في الزلازل وحظر
التجول بذيروط وملوي ، وكارثة السيول وإعانة من
أصيب بسبب عمله أو أثناء ممارسة مهنته أو أداء عمله
النقابي ، ومساندة المعتقلين بسبب الرأي من المحامين
ورفع الإعانة الشهرية لهم إلى (أربع مائة جنيه) وهي
أعلى إعانة تقدمها نقابة لأبنائها ، ودعم النقابات
الفرعية تحقيقاً لاستقلالها ، وتنمية مواردها بأن خصص
لكل منها (خمسون ألف جنيه) فضلاً عما ترك
مخزانتها من متحصلات رسوم على العقود أو أوامر
التقدير أو الشكاوى أو الأندية الخاصة بها ، ودعم
الدورات التدريبية للغات ، ورصد خمسة ملايين من
الجنيهات لنقل المحامين بالعاصمة والذي سيبدأ العمل
به اعتباراً من ١٩٩٦/١/١ إن شاء الله ، فضلاً عن
نادي المحامين العائم أمام مسرح البالون بالعجوزة
والذي بدأ العمل في إنشائه في ١٩٩٥/٧/١ ،
واعتماد التكافل الاجتماعي لمشروع أولى لتأمين
مستقبل المحامين ،



نقدم لكم أيتها الإخوة الزملاء هذه الانجازات في سنوات ثلاثة هي فضل الله علينا وتوفيقه لنا ورعايته لنقابتنا في ظل مجلس حرصت أغلبيته على مواصلة ليلها بنهارها لكم لا لغيركم أيتها الأحباب .. حتى عندما جد الجهد قدموا حريتهم وصدورهم دفاعاً عن نقابتنا الحبيبة وأبنائها الغوالي وقدمت نقابة المحامين لأول مرة ثلاثة من أعضاء مجلسها عاشوا بين جدران السجون قرباناً للحرية المنشودة ودفاعاً عن كرامة أبنائها .

وفير الودائع المالية حتى وصلت إلى (سبعة ملايين من الجنيهات) جاءت وليدة ترشيد الاتفاق ومنع البذخ والاتفاق في غير موضع نقابى ، وتنقية الجدول من أكثر من عشرين ألف حالة خالفت القانون وهددت مستقبل مهنتنا العريقة .



إن ذلك كله على سبيل المثال لا الحصر ، وقد كان من الممكن أن نعطي أكثر من ذلك لولا تفرغ القليل تسانده بعض الأجهزة ذات المصلحة للهجوم الاعلامى وإقامة القضايا وبث الخلاف والإشاعات الكاذبة ضارباً عرض الحائط بمصلحة المحامين .

وتتخرج هذه الأعمال بما يحفظ للمحامى ماء وجهه حباً وكرامة ذويه بعد الممات بزيادة المعاش إلى (سبعة ملايين جنيه) للسدة الكاملة وهو حلمنا القديم جميع

والى الذين سخرُوا أقداسهم وأوقاتهم بوضع العراقيل أمام هذا الموج الهادر بالخير
بالشائعات المغتره والأكاذيب المغرضة محاولين سلب نقابتنا الحبيبة من أيدي أبنائها
وفرض الحراسة القضائية أو الحكومية عليها ثم بمحاولة عرقلة هذه الانجازات حقداً
وكمداً إليهم نقول ..

منذ صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فى ١٩٨٣/٣/٣١ وفى ظل جميع المجالس السابقة لم تتم
زيادة المعاشات إلا مرة واحدة فى مدة تسعة سنوات كاملة وذلك برفع الحد الأقصى للمعاش من ٢٤٠ جنية
إلى ٢٨٠ جنية وذلك اعتباراً من أول يناير ١٩٩٢ دون النظر الى الحد الأدنى الذى ظل ثابتاً عند ٤٠ جنيهاً
شهرياً مراعاة لارتفاع الأسعار .

« اعملوا على مكانتكم ... إنا عاملون »

« انتظروا إنا منتظرون » .

« وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون »

البيان	المجالس السابقة		يناير ١٩٩٦
	١٩٨٣	١٩٩٢	١٩٩٤
الحد الأدنى	٤٠	٤٠	١٢٠
الحد الأقصى	٢٤٠	٢٨٠	٧٠٠
الحد الأدنى للزوجه	٣٠	٣٠	٩٠

مجلس نقابة المحامين

من
أحكام
المحكمة
الدستورية
العليا

(١)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٧ ديسمبر
١٩٩٤ الموافق ١٤ رجب سنة ١٤١٥ هـ .

بواسطة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمود إبراهيم أبو العيدين
وفساروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد
المجيد فياض وعدلى محمود منصور .
أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

الإجراءات

بتاريخ السابع من أبريل سنة ١٩٩٣ أودع المدعي
قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم
بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة
١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً
عدم قبول الدعوى واحتياطياً رفضها .

وقدم المدعى عليه الأول مذكرة بدفاعه ورد فيها ما
طلبت هيئة قضايا الدولة وبعد تحضير الدعوى ، أودعت
هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما بين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أن شركة كريم للمقاولات
والتجارة - والتي يرأس المدعى مجلس إدارتها - كانت
قد أقامت ضد البنك المدعى عليه ، الدعوى رقم ٤٦٠
لسنة ١٩٩٣ مدنى كلى الأسكندرية طالبة استرداد
أمانة التحكيم التى سبق أن دفعتها للبنك ، و بجلسة ٦
مارس سنة ١٩٩٣ ، تدخل المدعى - بصفته الشخصية
منظماً إلى الشركة ، ودفع بعدم دستورية المادة ١٨ من
القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل
الإسلامى ، المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم
١٤٢ لسنة ١٩٨١ فى شأن تسوية الأوضاع بين البنوك
العاملة فى مصر ، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر
الدعوى إلى جلسة ١٠ أبريل سنة ١٩٩٣ وذلك ليقدم
المدعى ما يفيد الظن بعدم دستورية المادة المشار
إليها ، فأقام دعواه الماثلة .

وحيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر
بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص فى المادة ٣٠ منه ،
على أنه « يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى
المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة
إليها وفقاً لحكم المادة السابقة ، بيان النص التشريعى
المتضمن بعدم دستوريته ، والنص الدستورى المدعى
بمخالفته ، وأوجه المخالفة » .

وحيث أن المادة ١٨ المطعون عليها تنص على أن « يفصل مجلس الإدارة بأغلبية أعضائه بصفته محكمة ارتضاء الطرفين في كل نزاع ينشأ بين أى مساهم فى البنك وبين مساهم آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئاً عن صفته كمساهم فى البنك ، ولا يتقيد مجلس الإدارة فى هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى . أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين معفاة من قواعد الإجراءات ، عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضى .

وفى هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفى النزاع وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام أحد طرفى النزاع طلب إحالة المنازعة إلى التحكيم من الطرف الآخر . ثم يختار الحكمان حكماً مرجحاً خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتعيين آخرهما . ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالى لاختيار الحكم المرجح . ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمة ، قبولاً لحكم المحكمين واعتباره نهائياً .

وفى حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمة ، أو فى حالة عدم الاتفاق على اختيار الحكم المرجح أو رئيس هيئة التحكيم فى المدد المحددة فى الفترة السابقة يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لاختيار الحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال .

وتجتمع هيئة التحكيم فى مقر البنك الرئيسى ، وتضع نظام الإجراءات التى تبناها لنظر النزاع وفى إصدار قراراتها . ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذه وتحديد الطرف الذى يتحمل بمصاريف التحكيم ، ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس إدارة البنك .

وحيث أن المدعى عليه الأول دفع بعدم قبول الدعوى المائلة بمقولة إغفال صحيفتها بيان أوجه مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور ، وإخلالها بالتالى بنص المادة ٣٠ المشار إليها .

وحيث أن هذا الدفع مردود بأن التعارض بين نصين فى دائرة بذاتها ، قد يكون منبثاً - من خلال مقابلتهما ببعض- عن نطاق تصادمهما ، ودالاً بالتالى على مضمون المخالفة الدستورية التى يكفى لتحديدها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا ، أن يكون تعيينها ممكناً ، متى كان ذلك ، وكان المدعى قد نعى على النص المطعون فيه ، مخالفته للمادة ٦٨ من الدستور التى تكفل لكل إنسان حق التقاضى من خلال عرض دعواه على قاضيهما الطبيعى ، وكان النص محل الطعن إذ حجب عن هذا القاضى ولاية نظر المسائل محل التحكيم ، وعهد بها قسراً إلى محكمين يتولون الفصل فيها بعد أن أقصاه عنها فإنه بذلك يكون محدداً للدائرة يناقض فيها حكم المادة ٦٨ من الدستور ، وكاشفاً بالتالى عن وجه المخالفة الدستورية التى قيل بإغفال تعينها .

وحيث إن كلا من هيئة قضايا الدولة والمدعى عليه الأول ، قد نفيا توافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى فى الطعن بعدم دستورية نص المادة ١٨ المشار إليها ، ذلك أن شركة كريم للمقاولات والتجارة تقيم نزاعها الموضوعى على أن انقضاء التحكيم تبعاً لفوات المدة المحددة للفصل فى المسائل التى اشتمل عليها ، يخولها الحق فى استرداد الأمانة التى كانت قد دفعتها ، ولا كذلك النص المطعون فيه ، إذ لا يتعلق بالأحوال التى يكون فيها التحكيم منقضيّاً ، وإنما اختط التحكيم طريقاً لفض المنازعات التى قد تثور بين بنك فيصل الإسلامى وعملائه ، هذا فضلاً عن أن المدعى ليس مغاطباً بالنص المطعون فيه ، ولم يثله ضرر خاص من جراء تطبيقه .

ترد إليها أمانتها هذه يقوم كذلك إذا ما أبطل التحكيم - بالصورة التي أفرغها المشروع فيه - كأثر للحكم بعدم دستوريته ، فإن الفصل في المسألة الدستورية يكون مؤثراً في النزاع الموضوعي ومرتباً بأبعاده .

وحيث أن البين من المادة ١٨ المشار إليها ، أن فقرتها الأولى تخول مجلس إدارة بنك فيصل الإسلامي - وباعتباره محكماً - الفصل فيما قد يشور بين المساهمين فيه من نزاع ، وبصفتهم هذه ، وذلك خلافاً لفقرتها الثانية التي يدور الطعن حولها لتوصلها بالتحكيم أسلوباً وحيداً لفض ما يشور من نزاع بين البنك وعملائه ، وذلك سواء أكانوا من المستثمرين أو من الجهات الحكومية أو شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، متى كان ذلك ، وكان لا شأن للمدعى بالفقرة الأولى من المادة ١٨ الآنف بيانها ، فإن مصلحته الشخصية والمباشرة ، تنحصر في الطعن بعدم دستورية فقرتها الثانية دون غيرها .

وحيث أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار بعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المالة ، مجرداً من التعامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنقاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً ، ذلك أن التحكيم مصدرة الاتفاق ، إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما ، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما ، وإليه تردت السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عن البت فيها ، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم ، التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه ، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لروحه ،

ويكون حكم التحكيم في جميع الأحوال نهائياً ومزمناً للطرفين وقابلاً للتنفيذ ، شأنه شأن الأحكام النهائية . وتوضع عليه الصيغة التنفيذية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها باب التحكيم في قانون المرافعات .

وفي جميع الأحوال تخضع قرارات مجلس الإدارة ، وأحكام هيئة التحكيم ، الصادرة طبقاً لهذه المادة ، لأحكام الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية مناتها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، ولا يعدو النص الطعن فيه أن يكون مبهوراً لقاعدة أمرة لا يجوز تجاهلها أو إسقاطها .

وبها فرض المشرع - وفي الحدود التي بينها - التحكيم جبراً على عسالت بذواتها ، ليكون هذا النوع من التحكيم مزمناً ، ومستنداً في مصدره المباشر إلى نص القانون ، فلا يستعاض عنه بالجبر - إلى القضاء ، ولا يغير من طبيعته هذه أو يسفها ، قاله إن بنك فيصل الإسلامي قد درج على أن يبرم مع عملائه عقوداً تحيل إلى التحكيم في شأن المنازعات المتعلقة بتنفيذها ، ذلك أن هذه العقود - بفرض قياسها - إنما ترد القاعدة الأمرة التزاماً بنصها وامتناعاً لحكمها ، فلا تجبها تلك العقود أو تنجها بل يتعين إعمالها دوماً ولو خلا عقد منها . متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن للمتدخل انضماماً إلى أحد الخصوم أن يتمسك بالدفع وأوجه الدفاع التي كان لهذا الخصم أن يبديها ، وكان النزاع الموضوعي يدور حول حق شركة كريم للمقاولات في أن تستعيد أمانة التحكيم التي كانت قد دفعتها تأسيساً على ادعائها انقضاء التحكيم بفوات المعاهد المحدد للفصل في المسائل التي اشتمل عليها ، وكان حقها في

طرفين يلجئان إليه إما لأن المحكم محل ثقتهم ، أو لأن السلطة التي يملكها قبلها كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً وكان ينظر إلى المحكم بالتالي باعتباره صديقاً موثقاً فيه ، أو رجلاً حكيماً أو مهيباً ، بيد أن هذه الصورة التقليدية - ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا - تجاوزها التطور الراهن في العلاقات التجارية والصناعية ، لتقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتها ، ذلك أن التحكيم اليوم - في صورته الأكثر شيوعاً - لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قام بينهما نزاع حول موضوع محدد ، ولكنها تشمل في شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يشور بينهما . ولم يعد المحكم في إطار هذا التطور ، مجرد شخص تم اختياره لعلاقته يرتبط بها مع الطرفين المتنازعين . وإثنا غدا التحكيم تنظيمياً مهنيّاً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة ، بل أن نطاق المسائل التي يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً ، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراجحاً أو مشوباً بسوء النية أو مخالفاً - من أوجه أخرى - للقانون ، وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة ، بل توشى التحكيم إلى جانبها - وعلى نحو متزايد - إلغاء التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التي لا يمكن عرضها على القضاء ، أو التي يكون طرحها عليه غير ملائم ، كتحكيم التي تناول في موضوعها ملء فراغ في عقد غير مكتمل ، أو تعديل أحكام تضمناها العقد أصلاً لتطويعها على ضوء الظروف الجديدة التي لا يستها ، وإن ظل الاتفاق دائماً - وباعتباره تصرفاً قانونياً وليد الإرادة ناشأ عنها - منسباً على أعمال التحكيم ، سواء في صورتها التقليدية أو في أبعادها الجديدة ، ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها .

فإذا لم يكن القرار الصادر في نزاع معين بين طرفين ، منهيّاً للخصومة بينهما ، أو كان عارياً عن القوة الإلزامية ، أو كان إنفاذه رهن وسائل غير قضائية ، فإن هذا القرار لا يكون عملاً تحكيمياً .

وحيث أن التحكيم بذلك يختلف عن أعمال الخبرة ، ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً ، بل مناقشة أراء يجوز إقرارها أو تجزئتها والتعديل فيها . كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض ، إذ هو تسوية ودية لا تجوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضى ، بل يكون معلقاً إنفاذها على قبول أطرافها ، فلا تنفد بها إلا بشرط انضمامها طواعية إليها . ومن ثم ينول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية ، غايتها الفصل في نزاع محدد منبأه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة .

وحيث أنه وإن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ قد نظم صوراً بذاتها كان التحكيم فيها إجبارياً ، هي تلك التي تقوم بين الدولة - وبين وحداتها الاقتصادية ، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يشور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها ، إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عائدة - في منتهاهها - إلى المرافق العامة التي تقوم الدولة على تسييرها ، وتكفل انظمامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التي ترمى إلى إشباعها ، ولا كذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفاً في ذلك النزاع ، إذ لا يجوز أن يدخل في هذا النوع من التحكيم - وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته - إلا بقبوله .

وحيث أن الطبيعة الرضائية للتحكيم تهلور تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً ، فقد كان الأصل في التحكيم أن يكون يكون تالياً لنزاع بين

عندهم يكون حكماً فاصلاً فى الخصومة بتامامها ، ولا يحول دونهم وتفسير ما يكون قد وقع فى منطوق هذا القرار من غموض ، أو تصحيح ما يكون عالقاً به من الاخطاء المادية البحتة .

وحيث أن اصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل فى النزاع على النحو المتقدم ، وإن كان منهياً لولايتها مانعاً لها من العودة إلى نظر الموضوع الذى كان معروضاً عليها ، إلا أن الطرفين المتنازعين لا يبلغان ما رميا إليه من التحكيم إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه . وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها ، بل تتولاها أصلاً الدولة التى يقع التنفيذ فى إقليمها ، إذ تقوم محاكمها بفرض نوع من الرقابة على ذلك القرار ، غايتها بوجه خاص ضمان أن يكون غير مناقض للنظام العام فى بلدها ، صادراً وفق اتفاق تحكيم لا مطعن على صحته ونفاذه ، وبالتطبيق للقواعد التى تضمنها وفى حدود المسائل الخلافية التى اشتمل عليها ، وتلك هى المرحلة الثالثة للتحكيم التى تتمثل فى اجتهاد الفائدة المقصودة منه ، والتى يتعلق بها الهدف من التحكيم ويلور حولها ، ويدونها يكون عيشاً .

وحيث أن الشريعة العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - المعمول بها فى جمهورية مصر العربية ، وفقاً لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، والتى ينصص عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة فى ٢٠ يناير ١٩٩٤ - إبان دور الاعتقاد العادى الرابع للفصل التشريعى السادس - قوامها أن التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ولید الاتفاق ، سواء أكان تحكيمياً داخلياً ، أم دولياً ، مدنياً ، أم تجارياً ، وأن المحتكمين يجوز أن يكونوا من أشخاص القانون الخاص أو العام ، كذلك يؤكد هذا القانون أن التراضى على التحكيم والقبول به هو المدخل إليه وذلك من جهتين .

وحيث أن من المقرر أنه سواء كان التحكيم مستمداً من اتفاق بين طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما ، أم كان ترقيعها لنزاع محتمل قد حملهما على أن يضمنا عقداً من العقود التى التزما بتنفيذها ، شرطاً يخولهما الاعتصام به ، فإن التحكيم لا يستكمل مدهاء بمجرد الاتفاق عليه ، وإنما يتعين التمييز - فى نطاق التحكيم - بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل ، بما مؤداه تضامها فيما بينهما ، وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض ، وإلا كان التحكيم مجاوزاً لإرادة الطرفين المتخاصمين متكبها مقاصدها . ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه ، وهى مدار وجوده ، ويدونها لا ينشأ أصلاً ولا يتصور أن يتم مع تخلفها . وليس جائزاً بالنسالى أن يقوم المشرع بعمل يناقض طبيعتها ، بأن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسمعون اليه ، ويأبون الدخول فيه . وارتكاز التحكيم على الاتفاق ، مؤداه انجاء إرادة المحتكمين وانصرافها إلى ولوج هذا الطريق دون سواء ، وامتناع إحلال إرادة المشرع محل هذا الاتفاق ، فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه ، والقاعدة التى يركز عليها . بيد أن هذا الاتفاق وإن أحاط بالتحكيم فى مرحلته الأولى وكان مهيناً عليها ، إلا أن دور الإرادة يتضائل ويرتد متراجعاً فى مرحلته الوسطى ، وهى مرحلة التداعى التى يدخل بها التحكيم فى اعداد الاعمال القضائية ، والتى يبدو عمل المحكمين من خلالها مؤثراً فيها . ذلك أن بدايتها تتمثل فى تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها ، ثم قبول المحكمين لمهمتهم وأدائهم لها فى إطار من الاستقلال والحييدة ، وعلى ضره القواعد الموضوعية والاجرائية التى يقررونها إذا أغفل الطرفان المتنازعان بيانها ، لتمد سلطتهم إلى الأمر بالتدابير الوقائية والتحفظية التى يقتضيها النزاع وبمراجعة أن جوهر ولايتهم يرتبط بضمان الفرص المتكافئة التى يتمكن الطرفان من خلالها من تعديل طلباتهما ، وعرض أدلتهما الواقعية والقانونية وإبداء دفوعهما ، لتصل مهمتهم إلى نهايتها بقرار يصدر

تحكيم وارد في عقد أم في شكل اتفاق منفصل ، وتعتبر الإحالة في عقد ما إلى وثيقة تشتمل على شرط تحكيم ، بمثابة اتفاق تحكيم ، إذا كان هذا العقد مكتوباً ، وكانت الإحالة كاشفة بدلالاتها عن أن هذا الشرط جزء من العقد .

وانبشاق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده ، هو القاعدة التي تبنتها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (٢١ أبريل ١٩٦١) وذلك فيما نصت عليه من سريان أحكامها في شأن كل اتفاق يتغيبا تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية ، ويكون مبرماً بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يقيمون على وجه الاعتياد وقت هذا الاتفاق بإحدى الدول المتعاقدة أو تتخذ مقراً لها فيها . ويقصد باتفاق التحكيم - في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية - كل شرط بالتحكيم يكون مدرجاً في عقد ، وكذلك كل اتفاق قائم بذاته يلجأ الطرفان بمقتضاه إلى التحكيم ، على أن يكون كلاهما موقفاً عليه منهما أو متضمناً في رسائلهما أو برقياتهما أو غير ذلك من وسائل الاتصال بينهما .

وهذه القاعدة ذاتها هي التي رددتها اتفاقية نيويورك (١٠ يونيو ١٩٥٨) التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في شأن تقييد الدول - كل في نطاق إقليمها وفي مجال اعترافها بقرارات المحكمين وتنفيذها - بالاتفاق الكتابي الذي يتعهد الأطراف فيه بعرض نزاعاتهم - ما كان منها قائماً أو محتملاً - على التحكيم ، وذلك كلما كان موضوعها مما يجوز التحكيم فيه ، ويشترط نشوئها عن علاقة قانونية محددة ولو لم يكن العقد مصدرها لها .

وأصداً هذه القاعدة تعكسها كذلك الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية (٣٠ يناير ١٩٧٥) بإعلاتها صحة كل اتفاق يتعهد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعرض نزاعاتهم الحالية - أو ما يظهر مستقبلاً منها - على محكمين ، يعينون بالكيفية

(ولاهما : ما تنفيذه المادة ٢٢ من هذا القانون ضمناً من انتفاء ولاية هيئة التحكيم وامتناع مضيقها في النزاع المعروض عليها ، إذا قام الدليل أساسها على انعدام أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم أو مجاوزة الموضوع محل بحثها لنطاق المسائل التي اشتمل عليها .

ثانيهما : ما تنص عليه المادتان ٤ ، ١٠ من هذا القانون ، من أن التحكيم - في تطبيق أحكامه - ينصرف إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفاً النزاع بإرادتهما الحرة ، وذلك سواء كانت الجهة التي اتفق الطرفان على توليتها اجراءات التحكيم ، منظمة أو مركزاً دائماً أو لم تكن كذلك وسواء كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع أم لاحقاً لوجوده ، وسواء كان هذا الاتفاق قائماً بذاته ، أم ورد في عقد معين ، ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبارها هذا الشرط جزءاً من العقد ، بل أن المادة (٢٢) من هذا القانون صريحة في نصها على أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، وأن بطلان العقد الذي أدمج هذا الشرط فيه ، أو زوال هذا العقد بالفسخ أو الإنهاء ، ليس يلى أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته .

وحيث أن الأحكام التي أتى بها قانون التحكيم سالف البيان لا ينافيها التنظيم المقارن ، بل يظهارها ويقوم إلي جوارها ، ولا سيما بالنسبة إلى ما كان من صورته دولياً ومرجعها بوجه خاص إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في ٢١ يونيو ١٩٨٥ فقد نص هذا القانون على أن المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية محددة بين طرفين ، أو التي يمكن أن تتولد عنها ، يجوز بناء على اتفاق إحالتها إلى محكمين سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط

المدنية والتجارية ، متبنيًا نظاماً للتحكيم يخول الأشخاص الذين يملكون مباشرة كامل حقوقهم ، حرية الدخول فيه لتسوية نزاعاتهم المتعلقة بحقوقهم المالية باستثناء تلك المسائل التي لا يجوز التعامل فيها ، ومقرراً كذلك أن التحكيم لا يتم إلا بمقتضى اتفاق يدون كتابته ، وأن هذا الاتفاق إما أن يكون تفاهياً قائماً بذاته بين طرفين لمواجهة نزاع شجر بينهما بالفعل Compromise وإما أن يكون مستخدماً شكل شرط بالتحكيم Compromissory Clause مندمجاً في عقد نافذ بين الطرفين المتنازعين ، ويستقل في صحته عن العقد الذي يتضمنه ، على أن يتناول هذا الشرط تخويل المحكمين فض ما قد يشور بينهما مستقبلاً من نزاع يكون ناشئاً عن ذلك العقد أو مرتبطاً به . ويعتبر اتفاق التحكيم مانعاً من مباشرة جهة القضاء لاختصاصها بنظر المسائل التي أحالها ذلك الاتفاق إلى التحكيم ويكون لأعضاء هيئة التحكيم السلطة الكاملة التي يحدون من خلالها ما يدخل في اختصاصهم من المسائل ، وذلك بقرار لا يجوز الطعن فيه إلا وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ٣٦٤ من هذا القانون .

وحيث أن النصوص القانونية السالف بيانها تؤكد جميعها أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً ، وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم ، وويركان برضاها إلى حل خلافاتها ، ما كان منها قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده ، إما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى - بإرادتهما - الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة مسيرة في إجراءاتها وتكلفتها وزمنها ، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء ، فلا يجتمعان ، يؤيد ذلك أن الآثار التي يربتها اتفاق التحكيم من نوعين : آثار إيجابية قوامها انفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التي يشتمل عليها على محكمين ، وأن يبذل الطرفان المتنازعان جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل

التي يبينها اطراف النزاع ، ما لم يفرضوا في ذلك طرفاً ثالثاً ، كذلك لتلتزم بالأحكام السالف بيانها ، الاتفاقية المبرمة في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (١٧ مارس ١٩٦٥) La Convention pour le reglement des differends relatifs aux investissment entre etats et ressortissants d'autres etats .

وحيث أن القوانين الوطنية في عدد من الدول ، تقر كذلك أن الاتفاق مصدر للتحكيم ، فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسي عدة فصول ضمنها كتابة الرابع منظماً بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم ، ومحدد القواعد التي تجمعهما ، ومقرراً بوجوبها أن شرط التحكيم هو كل اتفاق يتمهد بمقتضاء الأطراف في عقد بعرض نزاعاتهم التي يمكن أن تتولد عنه ، على التحكيم ، ويجب أن يكون هذا الشرط مدوناً في العقد الأصلي ، أو في وثيقة يحيل هذا الشرط إليها ، وإلا كان باطلاً وبطل هذا الشرط كذلك إذا خلا من بيان أشخاص المحكمين أو أغفل تعيينهم بأوصافهم ، ويعنى بطلان شرط التحكيم أن يعتبر كما لو كان غير مدون ، ويجوز باتفاق مستقل ، أن يحيل طرفان نزاعاً قائماً بينهما إلى محكم أو أكثر للفصل فيه ، ولو كان عين النزاع منظوراً بالفعل أمام جهة قضاء وكلما كان الفصل في النزاع موكولاً إلى محكمين وفقاً لاتفاق تحكيم ، فإن عرضه على جهة قضاء يلزمها أن تقر عدم اختصاصها بنظره ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا النزاع لا يزال غير معروض على المحكمين ، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهراً بطلان وإذا عارض أحد الطرفين المتنازعين في أصل الولاية التي يباشرها المحكم أو في مداها كان لهذا المحكم أن يفصل في صحة إسنادها إليه وكذلك في نطاقها .

كذلك عدل القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ الصادر في رومانيا - بعد زوال التأثير الشيوعي من تنظيماتها القانونية - أحكام الباب السابع من قانون الإجراءات

وعلى أساس أن المحكمين يستمدون عند الفصل فيها - ولايتهم هذا الاتفاق باعتباره مصدرًا لها ، كذلك ليس في القواعد التي تضمنها الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات قبل إبدالها بقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ولا فيما قرره هذا القانون من قواعد ، ما يدل على أن التحكيم يمكن أن يكون إجبارياً ، بل تفصح جميعها عن أن قبول المحكمين للتحكيم شرط لجوازه باعتباره طريقاً استثنائياً لفض النزاع بين طرفين بغير اتباع طرق التقاضي المعتادة ، ودون تقييد بكامل ضماناتها .

وحيث أن سيادة الدستور - بمعنى تصدره القواعد القانونية جميعها - ليس مناطها عناصر مادية قوامها مضمون الأحكام التي احتواها ، والتي تنظم بوجه خاص تبادل السلطة وتوزيعها والرقابة عليها ، بما في ذلك العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وكيفية مباشرتهما لوظائفهما ، ونطاق الحقوق التي يارسها المواطنون ، وكذلك الحريات التي يتمتعون بها ، ذلك أن الدستور - محدداً بالمعنى السابق على ضوء القواعد التي انتظمها - هو الدستور منظوراً إليه من زاوية مادية بحتة *La Constitution au sens material* وهي زاوية لا شأن لها بعلو القواعد الدستورية وإخضاع غيرها من القواعد القانونية لمقتضاها ، وإنما تكون للدستور السيادة ، حين تهيمن قواعده على التنظيم القانوني في الدولة لتحل ذراه ، ولا يكون ذلك إلا إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية *La Constitution au sens formel* لا تتقيد بمضمون القواعد التي فصلها وإنما يكون الاعتبار الأول فيها عائداً أولاً إلى تكوينها وثانياً إلى صدورها عن الجهة التي انعقد لها زمام تأسيسها *L'organ Constituant* والتي تعلو بحكم موقعها من السلطتين التشريعية والتنفيذية - عليهما معا ، إذ هما من خلقها وينشقان بالتالي عنها ، يلتزمان دوماً بالقيود التي فرضتها وبمراجعة أن القواعد التي صاغتها هذه

أدائهم لواجباتهم والامتناع عن عرقلتها ، وآثار سلبية جوهرها أن اتفاق التحكيم يعزل جهة القضاء وينمعهما من الفصل في المسائل التي أحييت إلى المحكمين بل أن الاتجاه السائد اليوم يفهم عند إنكار ولايتهم ، تقرير الاختصاص بما يدخل في نطاقها *la Competence de leur Competence* وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها - في الحدود التي يبينها القانون - على قراراتهم التي تنتهي بها الخصومة كلها ، سواء في مجال الفصل في ادعاء بطلانها ، أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها .

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ، ما ذهب إليه المدعى عليه الأول ، من أن النص المطعون فيه ليس تحكيمياً إجبارياً ، بل هو تحكيم من طبيعة قضائية ، تولى المشرع تنظيمه عملاً بالسلطة التي يباشرها بمقتضى المادة ١٦٧ من الدستور ، التي عهدت إليه بتوزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي اختصها بمباشرتها ، دون عزل بعض المنازعات عنها ، وبغير إخلال بالقواعد التي أتى بها الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي حلت محلها الأحكام التي تضمنها قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وحيث أن هذا الزعم مردود بأن ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ منه التي فوض بها المشرع في تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها ، هو أن يعهد إليه دون غيره ، بأمر تنظيم شؤون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها ، تحديداً لنسب كل منها أو لتصيبها فيها ، بما يحول دون تنازعها فيما بينها أو إقحام إحداها فيما تتولاها غيرها من المهام ، وبما يكفل دوماً عدم عزلها جميعاً عن نظر خصومة يعينها ، ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق بين طرفين ، ذلك أن مؤداه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها استثناء من خضوعها أصلاً لها ،

دون اتفاق ، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم ، إذ لا يعدو التحكيم - فى هذه الصور جميعها - أن يكون حلاً عليه منعداً وجوداً من زاوية دستورية ، فلا تتعلق به بالتالى ولاية الفصل فى الأنزعة ، أياً كان موضوعها ، بما مؤدها أن اختصاص هيئة التحكيم التى أحدثها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التى أدخلها جبراً فى ولايتها ، يكون منتجاً ومنظوباً بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء - فى واقعة النزاع المائل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيهما الطبيعي ، فيقع - من ثم - مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور .

وحيث أن البين من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ ، المشار اليه ، أن فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة ، وكذلك ما ورد بفقرتها : السادسة والسابعة ، متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية - المطعون عليها - تكون فى مجموعها وحدة لا تقبل التجزئة ، إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض ، ولا يتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها ، فإن ذلك الحكم يكون مستتباً لزوماً سقوط الفقرات المشار اليها جميعها .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ ، بإنشاء بنك فيصل الإسلامى ، وسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة ، وكذلك ما ورد بفقرتها : السادسة والسابعة ، متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها فى الفقرة الثانية ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

الجهة - وأفرغتها فى الوثيقة الدستورية - لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفق الأشكال والأنماط الاجرائية التى حدتها ، بشرط أن تكون فى مجموعها أكثر تعقيداً من تلك التى تنزل عليها السلطة التشريعية ، إذا عُن لها تعديل أو إلغاء القوانين التى أقرتها ، ودون ذلك تفقد الوثيقة الدستورية أولويتها التى تمنحها على الإطلاق الموقع الأسمى La Primaute Absolue ، والتى لا تنقسم الشرعية الدستورية عنها فى مختلف تطبيقاتها ، باعتبار أن التدرج فى القواعد القانونية يعكس لزوماً ترتيباً تصاعدياً فيما بين الهيئات التى أقرتها أو أصدرتها .

وحيث أن الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، مخولاً إيها بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها ، وعلى ضوء مختلف العناصر التى لا يستهان بها ، مهتماً دون غيره للفصل فيها ، وكان الأصل هو اختصاص جهة القضاء العام بنظر المنازعات جميعها إلا ما استثنى منها بنص خاص ، وكان من المقرر أن انتفاء اختصاص المحاكم بالفصل فى المسائل التى تناولها اتفاق التحكيم ، مردود أن هذا الاتفاق يمنحها من نظرها ، فلا تكون لها ولاية بشأنها بعد أن حجبها عنها ذلك الاتفاق ، وكان النص التشريعى المطعون عليه - بالتحديد السالف بيانه - يفرض التحكيم قسراً فى العلاقة القانونية القائمة بين طرفين لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفاً يقوم - وفقاً لقانون إنشائه - بجمع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار ، وثانيهما : من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ، وكان هذا النوع من التحكيم منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ، ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً ، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعى المطعون فيه ، شأن كل تحكيم أقيم

(٢)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المتعقدة في يوم السبت ١٤ يناير
سنة ١٩٩٥ الموافق ١٣ شعبان سنة ١٤١٥ هـ .

بوتاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو المينين

وفساروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن

نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عهد

المجيد فياض ومحمد على سيف الدين .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية « دستورية » .

الإجراءات

بتاريخ ٨ يونيو سنة ١٩٩٢ أودع المدعى قلم كتاب
المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بعدم
دستورية نصى المادة ٢١ من قانون شركات قطاع
الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١

والبند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣
لسنة ١٩٧٣ ، بشأن تحديد شروط وأجراءات انتخاب
ممثلى العمال فى مجالس إدارة وحدات القطاع العام
والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات الخاصة .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
برفض الدعوى . وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة
المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع -على ما بين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى - ويعمل مديراً
عاماً للمشتريات بالشركة المدعى عليها - كان قد تقدم
للترشيح لعضوية مجلس إدارتها كممثل للعاملين بها ،
إلا أن المدعى عليه الثالث رفض ذلك بمقولة أن هذا
الترشيح محظور على شاغلى وظائف الإدارة العليا ،
مما حمل المدعى على أن يقيم أمام محكمة دمنهور
الابتدائية الدعوى رقم ١٤٩٣٠ لسنة ١٩٩١ ، مدنى
كلى ، يطلب الحكم بأحقيته فى ذلك الترشيح ، وأثناء
نظر هذا النزاع ، دفع بعدم دستورية نص البند ج من
المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر
بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، والبند السادس من
المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ ، وإذا
قدّرت محكمة الموضوع جديّة هذا الدفع ، فقد أجلت نظر
الدعوى ، وصرحت للمدعى برفع الدعوى الدستورية ،
فأقامها .

وحيث إن المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الأعمال
العام تنص على ما يأتى : « مع مراعاة أحكام المادة
(٤) من هذا القانون ، يتولى إدارة الشركة التى يملك
رأس مالها بأكنلة شركة قابضة مفردة أو بالاشتراك مع

يعمل بها ، إعمالاً للبند السادس من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المحال إليه بمقتضى نص المادة ١٢ من قانون شركات قطاع الأعمال ، فإن الطعن بعدم الدستورية ينحصر فيما تضمنه هذا البند - متدمجاً في قانون شركات قطاع الأعمال العام - حظر ترشيح شاغلي وظائف الإدارة العليا لعضوية مجلس إدارة شركة قطاع الأعمال العام .

وحيث أن الرقابة على الشرعية الدستورية تقتضى دستوراً مدوناً جامداً تصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها ، ذلك إن الدستور - إذا كان تقديمياً - يمثل ضماناً رئيسية لإنفاذ الإرادة الشعبية في توجيهها نحو مثلها الأعلى ، وبوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على التسلط على مقاليد الأمور انفراداً بها واحتكاراً لها ، بل يعمل على توزيع السلطة في إطار ديمقراطي بين الأفرع المختلفة التي تباشرها بما يكفل توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها ، وكان الأصل في الدستور - بالنصوص التي يتضمنها - أن يكون ملتزماً بإرادة الجماهير ، معبراً عن طموحاتها ، مقررًا مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها ، مبلوراً لطاقتها وملكانتها ، كاشفاً عن الضوابط والقيود التي تحول دون إقتحام الحدود التي تؤمن فعالية حقوقها وحرياتهما ، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أو نكول عنها ، وكان الدستور فوق هذا يرعي مصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ، ويكفل إنماء القيم التي ارتضتها ، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون محققاً للتضامن بين أفرادها ، ناهذاً انفلاقها ، مقيماً حرية الإبداع على دعائمه ، فقد غدا من المحتم أن تعامل الوثيقة الدستورية بوصفها تعبيراً عن آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة ، لتعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها ، متخذة من الخوض للقانون إطاراً لها ، ولا مناص من الرجوع إليها تغليباً لأحكامها ، ولأن الشرعية الدستورية في نظامها هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإرادة العامة ، وتقوم

شركات قابضة أخرى أو أشخاص عامة أو بنوك القطاع العام ، مجلس إدارة يعين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ويتكون مجلس الإدارة من عدد فردي من الأعضاء لا يقل عن خمسة ولا يزيد عن تسعة من فيهم رئيس المجلس ، على النحو التالي ... (ج) عدد من الأعضاء - مماثل لعدد الأعضاء - ذو الخبرة ، يتم انتخابهم من العاملين بالشركة طبقاً لأحكام القانون المنظم لذلك . « وتنص المادة رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٤ : بشأن تحديد شروط وإجراءات انتخاب ممثلي العمال في مجالس إدارة وحدات القطاع العام ، والشركات المساهمة والجمعيات والمؤسسات الخاصة ، على أنه « يشترط فهم يرشح لعضوية مجلس الإدارة أن تتوافر فيه عند الترشيح الشروط الآتية :

(٦) ألا يكون من شاغلي وظائف الإدارة العليا .. »

وحيث أن البين من كل من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، والقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المشار إليهما ، أن أولهما أحال إلى ثانيهما في شأن تحديد الشروط التي يتعين توافرها فيمن ينتخب ممثلاً عن العاملين في مجلس إدارة الوحدة الاقتصادية التي تتبع الشركة القابضة ، ومن بينها ألا يكون أحد من هؤلاء شاغلاً لوظيفة بالإدارة العليا ، متى كان ذلك ، وكان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ معمولاً به عند نفاذ قانون شركات قطاع الأعمال ، وكانت اللاحقة التنفيذية لهذا القانون الصادر ، بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ قد نصت - تردداً من جانبها للأحكام ذاتها التي تضمنها ذلك القانون . على أن ينتخب العاملون في الشركة من بينهم أعضاء غير متفرغين بمجلس الإدارة طبقاً للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ المشار إليه ، فإن الأحكام المحال إليها تندمج في قانون شركات قطاع الأعمال العام ، وتشكل - بقدر إتصالها بالنزاع الموضوعي - النص التشريعي المطعون عليه بعدم الحرمان من الترشيح لعضوية مجلس إدارة الشركة التي

اعوجاجها بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة ،
وعهد الطريق لتقدمها .

وحيث إن الدستور حرص على أن يفرض على
السلطين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتأه
كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة ، على اختلافها ،
ليحول دون اقتحام إحداهما المنطقة التي يحميها الحق
أو الحرية بما يعطل فعالية ممارستها . ولقد كان تطوير
هذه الحقوق وتلك الحريات ، وإتقانها ، من خلال الجهود
المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم
المتحضرة ، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية ،
وتدبيراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة
بها ، ولردع كل محاولة للعدوان عليها .

وحيث إن الدستور قد النص في المادة ٢٦ منه ،
على أن يكون للعاملين في المشروعات حق الاشتراك في
إدارتها ونصيب في أرباحها ، وكان المشروع قد
استعاض بقانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر
بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ، عن قانون هيئات
القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة
١٩٨٣ ، لنحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع
العام ، والشركات التابعة محل الشركات التي كانت
هذه الهيئات تبشر إشرافها عليها ، وكان القانون الأول
قد خول مجلس إدارة الشركة التابعة - وفيما خلا ما
يدخل من المسائل في اختصاص الجمعيات العمومية
السلطة العليا التي تهيم بها على شئونها باعتبارها
جهة الاختصاص بتصرفها ، وكذلك تقرير سياستها
العامة ، وتحديد الوسائل اللازمة لتحقيقها ، وإدارة
محفظه أوقافها المالية ، والقيام بكافة الأعمال اللازمة
لتصبح هيكلها التمويلية : إلى غير ذلك مما يتصل
بأغراضها ، وكان الدستور من خلال ضمان حق العاملين
في الأسهم في إدارة الوحدة الاقتصادية التي ينتمرون
إليها ، قد كفل حقهم في الاجتماع داخل مجلس
إدارتها ، باعتباره تنظيمياً يتبادلون فيه الآراء مع
غيرهم من أعضاء المجلس حول مختلف شئونها ، بما

في ذلك تقييم ممارستها ، وانقاد رؤسائهم وقياداتهم ،
إرساء للديمقراطية ، وتشبيهاً لأسسها التي تكتمل
دعائمها بغير حق الاقتراع ، تبشره القاعدة الأعرض
من العاملين ، التي قنح ثقتها لعدد من بينهم تراه أكثر
تعبيراً عن مصالحها ، وأصلب عوداً في الدفاع عنها ،
إذا كان ماتقدم ، فإن الفصل في دستورية النص
المطعون عليه ، يتحدد على ضوء أحكام المواد ٢٦ ،
٤٠ ، ٤٧ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ٦٢ من الدستور ، ذلك أن
الإخلال بأياها عدوان عليها ، واقتحام لمجالاتها الحيوية
التي لا تقوم إلا بها .

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من الدستور
تنص على أن « للعاملين نصيب في إدارة المشروعات
وفي أرباحها ، ويلتزمون بتمنية الإنتاج وتنفيذ الخطة
في وحداتهم الإنتاجية وفقاً للقانون » ، كما تنص
فقراتها الثانية على أن « يكون تشييل العمال في
مجالس إدارة وحدات القطاع العام في حدود خمسين في
المائة من عدد أعضاء هذه المجالس » .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة ذهبت الى القول بأن
الفقرة الثانية من المادة ٢٦ المشار إليها تخصص
بحكمها نص فقرتها الأولى ، وتورد قيلاً عليها ،
مؤداه أن العاملين في الوحدة الاقتصادية لا يملكون
جميعهم حق التمثيل في مجلس إدارتها ، وإنما يقتصر
هذا الحق على فئة من بينهم هم الذين يصدق عليهم
مصطلح « العمال » وهو أضيق نطاقاً من مصطلح
« العاملين » ويقابل في الوحدة الاقتصادية الإنتاجية
موظفيها الإداريين .

وحيث أن هذا الدفاع

مردود أولاً : بما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية
العليا من أن الأصل في عبارة النص هو أن تحمل على
عمومها ما لم يرق دليل على تخصيصها ، فإذا خص
العام بغير دليل ، كان ذلك تأويل غير مقبول ، وكان
عموم عبارة النص يفيد استغراقها لكل أفرادها ،
واشتغالها بالتالي على المخاطبين بها ، فلا تختص فئة

المجالس الشعبية المحلية ، أو في مجلس الشورى ، من العمال و الفلاحين ، فقد قصد بذلك أن يكفل لفتتين - قدر ضعفهما في البنيان الاجتماعي - الحد الأدنى من الحقوق التي تصور ضرورتها لتأمين مصالحها في المجالس ذات الصفة التمثيلية ، ومن ثم كان منطقياً أن يفوض الدستور المشرع في بيان الشروط التي يحدد بها من يعتبر وفقاً لأحكامها عاملاً أو فلاحاً ، ولا كذلك نص المادة ٢٦ من الدستور التي خلت من تفسير نص المشرع في شأن بيان نطاق تطبيقها ، بما مؤداه أن المقصود بالعمالين المشار اليهم فيها ، هؤلاء الذين يباشرون عملاً دائماً في مشروع عام من خلال الوظيفة التي يشغلونها فيه ، وذلك أي كانت طبيعة عملهم أو الأهمية التي يلقونها ، يؤكد ذلك أن ما قصد اليه الدستور بنص المادة ٢٦ منه ، هو أن يكفل للعمالين في وحداتهم الانتاجية دوراً ملحوظاً في إدارتها ، مع الحصول على حصة في أرباحها ، متوخياً بذلك حفزهم على تنمية إنتاجها ، ولا يتصور أن يكون استبعاد من يشغلون وظيفة بإدارتها العليا من مجال أعمال هذين الحقلين أو أحدهما ، لازماً لاستيفاء التنمية لمتطلباتها .

ومردود خامساً: بأن العمالين في وحداتهم الانتاجية يملكون جميعهم وفقاً للدستور حق الاقتراع لاختيار من يمثلونهم ويدافعون عن مصالحهم في مجالس إدارتها ، ومن غير المفهوم أن يقف الدستور من حقهم في الترشيح لهذه المجالس موقفاً مختلفاً بأن يتمتعهم منه إذا كانوا شاغلين لوظيفة بعينها في وحداتهم الإنتاجية ، حال أن المركز الأعلى لوظيفة بعينها منبت الصلة بالشروط الموضوعية التي يتطلبها التمثيل في مجلس إدارتها .

ومردود سابعاً: بأن كلمة « العمال » التي تضمنتها الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور قد وردت دون تحديد لمضمونها ، ولو كان الدستور قد قصد أن يكون معناها منصرفاً لغير العمالين المشار اليهم بفقرتها الأولى - لأحال - ترفيهاً بها وتحجلاً لمحتواها - إلى أداة أدنى .

من بينهم بحكمها ، وكان عموم العبارة التي أفرغ الدستور فيها نص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ منه ، مؤداه انصرافها إلى كل مشروع اقتصادي عام أي كانت الأغراض التي يتواخاها ، وانسحابها إلى من يعملون فيه دون تخصيص أي كانت مراقبهم أو درجاتهم الوظيفية ، فإن هذه الفقرة تدل بغطائها على اتساعها لكل العمالين في هذا المشروع ، يؤكد ذلك الدستور قابل الحقوق التي كلفها لهؤلاء العمالين ، بواجباتهم في مجال الإسهام في تنفيذ الخطة الاقتصادية والاجتماعية داخل وحداتهم الإنتاجية ، وتنمية الانتاج فيها ، وجميعها واجبات لا تنحصر مسئولية الاضطلاع بها في فئة من العاملين دون أخرى .

ومردود ثانياً: بأن الأصل في النصوص القانونية هو ألا تحمل على غير مقاصدها ، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها أو يفصلها عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها ، ولو صح القول بأن الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من الدستور مقصور حكمها على فئة من العاملين ، هم العمال الذين لا يشغلون في وحداتهم وظيفة من وظائف الإدارة العليا ، حرم من يتولون هذه الوظائف من نصيبهم في الأرباح ، وهو ما لم يقل به أحد ، ولا يتصور أن يكون الدستور قد قصد إليه ، يؤكد ذلك أن استقرا القوانين المتعاقبة التي نظم بها المشروع شئون العمالين بالقطاع العام ، يدل على تعلقها بمن يعملون في وحداته الاقتصادية ، دون تمييز بين أوضاعهم الوظيفية .

ومردود ثالثاً: بأن الدستور قرر بالفقرة الأولى من المادة ٢٦ منه ، مبدأ عاماً كفل به للعمالين في تلك المشروعات حقاً في إدارتها وفي أرباحها ، ولا يتصور - وقد جرى هذا المبدأ على إطلاق لا تقييد فيه - أن تكون فقرتها الثانية قيداً عليه .

ومردود رابعاً: بأن الدستور ، إذ نص في المواد ٨٦ ، ١٦٢ ، ١٩٦ منه ، على أن يكون النصف على الأقل من الأعضاء المنتخبين في مجلس الشعب ، أو في

ولا يعترى بها بهتان ينال من محتواها ، ولا يتصور أن يتم ذلك إلا من خلال اتصال الآراء وتفاعلها ومقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، متطوياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لصلحة مبتغاة ولازم ذلك أن الدستور لا يرمي من وراء ضمان حرية التعبير ، أن تكون مدخلاً إلى توافق عام ، بل تقياً بضمانها ، أن يكون كافلاً لتعدد الآراء Plurality of opinions وإرسائها على قاعدة من حيادية المعلومات Neutrality of information ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل ، ومحدداً لكل اتجاه .

وحيث أن الدستور ، بعد أن أرسى القاعدة العامة التي تقوم عليها حرية التعبير بنص المادة ٤٧ ، حرص على أن يزاوجها ويكملها بإحدى صوره الأكثر أهمية والأبلغ أثراً فكفل للمصاحفة حرمتها كأصل عام ليحول دون التدخل في شئونها من خلال القيود التي ترهق رسالتها ، أو تعطل خدماتها في بناء مجتمعاتها وتطويرها ، وليؤمن من خلالها أفضل الفرص التي تكفل تدفق الأنباء والآراء والأفكار ونقلها إلى القطاع الأعراض من الجماهير ، وبوجه خاص بنشر كل مطبوع يكون من أدواتها Vehicle of information and opinion ولئن كان الدستور قد أجاز فرض رقابة محدودة عليها ، فذلك في الأحوال الاستثنائية ، ولمواجهة تلك المخاطر الداهية التي حددتها المادة ٤٨ من الدستور .

وقد عزز الدستور حرية التعبير ، بتلك التي يقتضيها إجراء البحوث العلمية وإغائها على تباين مناهجها وأغاطها ، باعتبار أن هذه البحوث وإن كان أصلها جهداً فردياً ، إلا أن قيمتها لا تكمن في إطارها ، ولكن فيسما يمكن أن يكون انتقاداً لتسائجها ، وتصويماً لأخطائها ، ثم قرن الدستور هاتين الحريرتين بالابتناع : فنياً وأدبياً وثقافياً ، توكيداً لقيم الحق والخير والجمال ، ودون إخلال بوسائل تشجيعها وأكمل حلقاتها حين خول كل فرد بنص المادة ٦٣ أن يستقدم بظلاماته إلى السلطة العامة التي يكون بيدها رد ما

ومرودد سابعاً : بأن ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور من أن يكون تشيل العمال في مجالس إدارة وحدات القطاع العام في حدود ٥٠٪ من عدد أعضاء هذه المجالس ، بقيد بالضرورة انصرافها إلى من يعملون في شركات تلك الدولة رأس مالها بأكمله أو غالبية أسهمها ، وإذ كانت القوانين التي نظم المشرع أوضاع العاملين فيها ، لا تقيم - في مجال علاقة العمل التي تربطهم بها - تمييزاً بين فئاتهم بل كان خطابها قاطعاً في أن كل من يقوم بعمل دائم فيها لقاء أجر ، يعد عاملاً بها ولو تدرج في مناصبها إلى أعلاها ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من الدستور يتعين حملها على فقرتها الأولى - في مجال كفاليتها لحن العاملين في الإسهام في إدارة الوحدة الاقتصادية - باعتبارهما مترابطتين .

وحيث أن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ منه - لحرية التعبير عن الآراء والتكئين من عرضها ونشرها ، سواء بالقول أو بالصورة أو بطابعها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير ، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المقترح إلا في نطاقها ، ويدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها ، ولا تكون لها من فائدة ، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيئون موقفاً ، ولا يشهدون وجللاً ، ولا ينتصفون لغير الحق طريقاً .

وحيث أن ما ترخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير ، هو أن يكون التماس الآراء والأفكار ، وتلقيها عن الغير ونقلها إليه ، غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنوتها ، بل قصد أن تتراعى آفاقها وأن تتعدد مواردها وأدواتها ، وأن تتفتح مسالكها ، وتفيض منابها Marketplace of ideas free trade in ideas لا يحول دون ذلك قيد يكون عاصفاً بها ، مقتحماً دورها ، ذلك أن حرية التعبير أهدافاً لا ترمي عنها ، ولا يتصور أن تسعى لسواها ، هي أن يظهر من خلالها ضوء الحقيقة جلياً ، فلا يداخل الباطل بعض عناصرها ،

وقع عليه من الاعمال الجائرة والتعويض عن آثارها ،
على أساس من الحق والعدل .

وحيث ان حرية التعبير التي تؤمنها المادة ٤٧ من
الدستور ، أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها
بالشئون العامة ، وعرض أوضاعها تيساراً لنواحي
التقصير التقصير فيها ، وتقويماً لأعوجاجها ، وكان حق
الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ، ليس
معلقاً على صحتها ، ولا مرتبطاً بتمشيها مع الاتجاه
العام في بيئة بذاتها ، ولا بالفائدة العملية التي يمكن
أن تنتجها ، وإنما أراد الدستور بضمان حرية التعبير أن
تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق
منابتها ، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها
على العقل العام Public mind فلا تكون معايرها
مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه ، ولا عائقاً
دون تدفقها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حرية التعبير ، وتفاعل
الآراء التي تتولد عنها ، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق
ممارستها ، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على
نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى
قمعها ، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها -
وعلائية - وتلك الأفكار التي تجول في عقولهم ، فلا
يتهايمسون بها نجياً ، بل يطرحونها عزمًا - ولو
عارضتها السلطة العامة - إحدائاً من جانبهم -
وبالوسائل السلمية - لتفسير قد يكون مطلوباً فالخفاقات
لا يجوز إخفاؤها ، ومن غير التصور أن يكون النفاذ
إليها ممكناً في غيبة حرية التعبير ، كذلك فإن الذين
يعتصمون بنص المادة ٤٧ من الدستور ، لا يملكون
مجرد الدفاع عن القضايا التي يؤمنون بها ، بل كذلك
اختيار الوسائل التي يقدرون مناسبتها وفعاليتها سواء
في مجال عرضها أو نشرها ، ولو كان بوسمهم إحلال
غيرها من البدائل لترويجها ، ولعل أكثر ما يهدد حرية
التعبير أن يكون الإيمان بها شكلياً أو سلبياً ، بل يتعين
أن يكون الإصرار عليها قبولاً بجمعياتها ، والا يكون

حوار القوة مدخلاً إليها Enforced silence ذلك أن
عدوان الدولة عليها بما يعطلها أو يقلصها يولد الفزع
منها ، ولن يثير بطشها إلا الاعراض عنها ، واقتحامها
لها ، يباعد بينها وبين المواطنين وقد يُغريهم بعصيانها
ولا يعدو أن يكون إهداراً لسلطان العقل وتغيباً لبقطة
الضمير .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، تعين القول بأن حرية
التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم
ديمقراطي ، لا يقوم إلا بها ، ذلك أن أهم ما يميز
الوثيقة الدستورية ويحدد ملامحها الرئيسية ، هو أن
الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناهيون .
وكما أعاق القانونون بالعمل العام أبعاد هذه الحرية ،
كان ذلك من جانبيهم هدماً للديمقراطية في محتواها
المقرر دستورياً ، وإنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا
يجوز فصلها عن أدائها ، وأن وسائل مباشرتها يجب
أن ترتبط بباقياتها ، فلا يعطل مضمونها أحد ولا
يناقض الاغراض المقصودة من إرسائها .

وما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من بقطة
المواطنين المعنيين بالشئون العامة ، الحريصين على
متابعة جوانبها ، وتقرير موقفهم من سلبياتها ، إلا
قراً من حرية التعبير ، ونتاجاً لها .

وحيث أن الحق في التجمع - بما يقوم عليه من
انضمام عدد من الأشخاص إلى بعضهم لتبادل وجهات
النظر في شأن المسائل التي تعنيهم - من الحقوق التي
كفلتها المادتان ٥٤ ، ٥٥ من الدستور ، وذلك سواء
نظرنا إليه باعتباره حقاً مستقلاً عن غيره من الحقوق ،
أم على تقدير أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره
كافلاً لأهم قنواتها ، محققاً من خلالها أهدافها .

وحيث أن هذا الحق - وسواء أكان حقاً أصيلاً أم
تابعاً - أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء
وتداولها ، كلما أقام أشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهاً
معيناً ، مجتمعاً منظماً Ordered assemblage يحتوهم
ويوظفون فيه خبراتهم ويطرحون آمالهم ويعرضون فيه

كذلك فإن عدم حرية الاجتماع إنما يقوض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام الحكم يكون مستنداً إلى الإرادة الشعبية . ولا تكون الديمقراطية فيه بديلاً مؤقتاً أو اجماعاً زائفاً أو تصالحاً مرحلياً لتهدئة الخواطر ، بل شكلاً مثالياً لتنظيم العمل الحكومي وإرساء قواعده ولازم ذلك امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون ، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية ، وترتضيها القيم التي تدعو إليها .

وحيث أن من المقرر - كذلك - أن حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التي كفل الدستور أو المشرع صفتها التمثيلية ، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يشقون فيه من بينهم ، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان ، ويتبادلان التأثير فيما بينهما ، ولا يجوز بالتالي أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها Integrity and reliability of the electoral process ، أو بما يكون كافلاً لإنصافها وتدفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بما ، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها ، بما يصون حيديتها ، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين عليها .

ومن ثم تقع هذه القيود في حمة المخالفة الدستورية ، إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من العاملين في الوحدة الاقتصادية - ودون أسس موضوعية - من فرص التشريع لعضوية مجلس إدارتها ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء عن العملية الانتخابية بأكملها وبصورة نهائية وحجبهم بالتالي عن الإسهام فيها ، بما مؤده احتكار غراماتهم لها ، وسيطرتهم عليها ، دون منازع ، وإنهاء حق البعدين عنها في إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم ، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التي يتيحها المشرع للناخبين ، ويوجه خاص كلما كان المهملون أدنى إلى ثقتهم ، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم .

كذلك لمصاعبهم ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم ، ليكون هذا التجمع نافذة يطلون منها على ما يعتمل في نفوسهم ، وصورة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعي Collective thinking ، وكان تكوين بنیان كل تجمع - وسواء أكان الغرض منه سياسياً أو نقابياً أم مهنيًا - لا يعدو أن يكون عملاً اختيارياً لا يساق الداخلون فيه سوقاً ، ولا ينعون من الخروج منه قهراً ، وهو في محتواه لا يتحضر عن مجرد الاجتماع بين اشخاص متباعدين ينزلون عن بعضهم البعض ، بل يرمي - بالوسائل السلمية ، إلى أن يكون إطاراً يضمهم ، ويعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم ، ومن ثم كان هذا الحق متداخلاً مع حرية التعبير ، ومكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والاجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكلفها القانون ، وإقاعاً عند البعض في نطاق الحدود التي يفرضها صون خواص حياتهم وأعمال حرمتها ، بما يحول دون اقتحام أغوارها أو تعقبها لغير مصلحة جوهرية لها يعينها ، لازماً اقتضاء ولو لم يرد بشأنه نص في الدستور ، كافلاً للحقوق التي أحصاها ضماناتها ، محققاً فعاليتها ، سابقاً على وجود الدساتير ذاتها ، مرتبطاً بالمدينة في مختلف مراحل تطورها ، كامنًا في النفس البشرية تدعو إليه فطرتها ، وهو فوق هذا من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها .

بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلودون بها في الاجتماع المنظم ، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض ، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها لبعض ، ويعطل تدفق الحقائق التي تتصل باتخاذ القرار ، ويعرق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تميمتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع ، باعتبار أن الاتزال عن الآخرين يؤول إلى فسك كل فرد بوجهة نظره مهما كان ضيق أفقها namowness أو عمقها أو تحيزها one-sidedness .

الوصاية عليها ولا تعرضها لتأثير يؤزل إلى تفككها أو اضطرابها أو بعثرة تكتلاتها ، ولا أن تعاق قنواتها إلى الحقائق التي تريد النفاذ إليها ، ولا أن يحرم أفرادها أو فئة من بينهم - لها توجهها الخاص - من أن تكون مجتمعاتهم طريقاً إلى بلورة أفكارهم وتحديد مطالبهم ، إنفاذاً لإرادتهم من خلال أصواتهم التي لا يجوز تقييد فرص الإدلاء بها دون مقتض ، متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن اتساع قاعدة الاختيار فيما بين المرشحين ، ضماناً أساسية توفر لهيئة الناخبين ظروفها أفضل تمتع من خلالها بثقتها لعناصر من بينهم ، تكون عندها أجدر بالدفاع عن مصالحها ، فإن قاعدة الاختيار هذه - إذا ما حد المشرع من نطاقها وضيق من دائرتها - تؤثر مآلاً في حق الاقتراع وتنازل في فاعليتها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ ، وانتهاءً بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون *de jure* ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد مجال إعمالها كذلك ، إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتبته محققاً للمصلحة العامة .

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها ، وهي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مردّه أنها الأكثر شمولاً في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ،

بل أن القيم العليا لحرية التعبير - بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدفعها وتزاحمها يناقياها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً ، بل مقصوراً على فئة بذاتها من العاملين في الوحدة الاقتصادية ، أو منحصرأ في مسائل بذواتها لا يعتد بها .

كذلك فإن حق الناخبين في الاجتماع مؤداه ، ألا تكون الحملة الانتخابية - التي تعتبر قاعدة لتجمعاتهم وإطاراً يحددون من خلالها أولوياتهم - محدودة آفاقها بما تنضى إليه من تضاؤل فرصهم التي يفاضلون من خلالها بين عدد أكبر من المرشحين ، وانسقاء من يكون من بينهم شريكاً معهم في أهدافهم - like minded citizens قادراً على التضال من أجل تحقيقها .

وحيث أن من المقرر أن حق تنظيم العملية الانتخابية ، سواء من حيث زمنها أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها *The time , place and manner of elections* لا يجوز أن ينال من الحقوق التي رعتها الدستور بها بما يعطل جوهرها .

كذلك لا يجوز التذرع بتنظيمها لتأمين مصالح جانبية محدودة أهميتها ، ولا التدخل بالقوود التي يفرضها المشرع عليها للحد من حرية التعبير - وهي قاعدة التنظيم الانتخابي ومحوره - ذلك أن غايتها أن توفر لهيئة الناخبين الحقائق التي تعينها على تحديد موقفها من المرشحين الذين يريدون الظفر بثقتها ، من خلال تعريفها بأحقيهم في الدفاع عن مطالبها ، بإعادة ملكاتهم وقدراته ، لتكون مفاضلتها بينهم على أسس موضوعية لها ما يظاهرها ، ووفق قناعتها بموقفهم من قضاياها ، ومن المسائل التي يدور حولها الجدل .

وحيث أن النص المطعون عليه - بما حدده من شروط يتعين توافرها فيمن يرشح لعضوية مجلس إدارة الوحدة الاقتصادية - قد اعاق فئة بذاتها من العاملين - هم الشاغولون لوظيفة بإدارتها العليا - من نشر الأفكار والآراء التي يؤمنون بها والدفاع عن توجهاتهم ، ونقل رسالتهم هذه إلى هيئة الناخبين التي لا يجوز قرض

الاقتراح المنصوص عليها في الماد ٤٧ ، ٥٤ ، ٥٥ ، ٦٢ منه ، ويتنك - فوق هذا - مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ فان الحكم بعدم دستوريته يكون متعيناً .

فهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص البند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ ، فيما تضمنه من حظر ترشيح شاغلي وظائف الادارة العليا لعضوية مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال العام التابعة ، والزمّت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب الحمامة .

(٣)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

بمناسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم العنين
وقاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير والدكتور عبد المجيد فياض ومحمد
على سيف الدين وعدلى محمود منصور
أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رافت محمد عبد الواحد

أمين السر

إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التى كفلها الدستور ، ويحول دون إرساء أسسها ، ويلوغ غايتها .

وأية ذلك أن من صور التمييز التى أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ، مالا يقل عن غيرها خطراً ، سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التى ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها ، أو الحريات التى يمارسونها ، لاعتبار مرده إلى مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعى ، أو انتمائهم الطبقي ، أو ميولهم الحزبية ، أو نزعاتهم العرقية ، أو عصبيتهم القبلية ، أو إلى موقعهم من السلطة العامة ، أو إغراضهم عن تنظيماتها ، أو تنبئهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقييمها ، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، الا ان قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق أو الحريات التى كفلها الدستور أو القانون . وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انقصاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المزهلين للارتفاع بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية ، وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة ، متى كان ذلك ، وكان النص المطعون عليه قد استبعد شاغلي وظائف الإدارة العليا بالوحدات الاقتصادية من فرص الترشيح التى كفلها لغيرهم من العاملين بها ، رغم تماثلهم جميعاً فى مراكزهم القانونية ، ودون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية يقتضيها التمثيل فى مجالس إدارتها ، فان هذا التمييز يكون تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون عليه - بالصيغة التى أفرغها المشرع فيه - يناقض المادة ٢٦ من الدستور ، ويخل كذلك بالحقوق التى كفلها فى مجال حرية التعبير وحق الاجتماع وحق

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المثيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٢٧ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من

السيد / إبراهيم عمر أمين عليوة

ضد

السيد / رئيس الجمهورية

السيد / رئيس مجلس الوزراء

السيد المستشار / وزير العدل

السيدة / ميرفت فتحى عبد الغنى

الإجراءات

بتاريخ ١٧ يوليه ١٩٩٣ أودع المدعى قلم كتاب
المحكمة صحيفة هذه الدعوى طالبا الحكم بعدم دستورية
المادتين ٢٨٠ و ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية
الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
بعدم قبول الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأخيرة
كأثت قد أقامت ضد مطلقها - المدعى فى الدعوى
الماثلة - الدعوى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة
الريئون الجزئية للأحوال الشخصية طالبة الحكم عليه

بدفع متجمد نفقة أولاده عن المدة من ١/٢/١٩٩١
حتى ١/٢/١٩٩٢ ومقدارها ٣٤٥٠ جنيهها ، وحجبه
عند الامتناع عملاً بالمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية ، وبجلسة ١٩ مايو سنة ١٩٩٣ دفع المدعى
عليه بعدم دستورية المادتين ٢٨٠ و ٣٤٧ من اللائحة
المشار إليها ، فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى
جلسة ٢١ يوليه سنة ١٩٩٣ ليقدم المدعى عليه ما يفيد
إقامته الدعوى الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة ، غير
أن محكمة الموضوع قررت حجب الدعوى للحكم ، ثم
صدر حكمها فيها قاضياً .

اولاً: برفض الدفع بعدم الدستورية .

ثانياً: بحبس المدعى عليه ثلاثين يوماً نظير امتناعه عن
سداد مبلغ ثلاثة آلاف جنيه قيمة باقى المستحق
للمدعية كنفقة للصغيرين حسام الدين وجهاد
إبراهيم عسر عن المدة من ١/٢/١٩٩١ حتى
١/٢/١٩٩٢ .

وحيث أن الأصل - على ما جرى عليه قضاء
المحكمة الدستورية العليا - انه متى أقيمت الدعوى
الدستورية أمامها ، دخلت هذه الدعوى فى حوزتها
لتسهيمن عليها وحدها ، ولا يجوز بالتالى لمحكمة
الموضوع أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة
دستورية إليها أو تنحى الدفع الفرعى المشار أمامها بعد
تقديرها لجديته ، بل يجب عليها أن تقرضى قضاء
المحكمة الدستورية العليا فى المخالفة الدستورية المدعى
بها باعتباره فاصلاً فيها ، كاشفاً عن صحتها أو
بطلانها . ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره فى النزاع
المروض عليها ، ولا استثناء من هذه القاعدة إلا فى
الأحوال التى تقرر فيها المحكمة الدستورية العليا انتفاء
مصلحة المدعى فى الدعوى الدستورية المطروحة عليها
أو التى يقيم خصم أمامها الدليل على تخليه عن دعواه
الموضوعية وفقاً لقواعد ترك الخصومة المنصوص عليها
فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو التى ثبتت
فيها أمامها نزوله عن دفع بعدم الدستورية كان قد
إيداه ، أو التى تنحى فيها محكمة الموضوع دفعاً فرعياً
بعدم دستورية نص تشريعى - بعد تقديرها لجديته -

إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان هذا النص ذاته .

وحيث أن المدعى ينص على المادتين ٢٨٠ و ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتغل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها ، أن ما أوجبه :

اولاهما : من صدور الاحكام طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة دون سواء وما نصت عليه .

ثانيهما : من جواز حبس الأب لعدم وفائه بنفقة أولاده ، انما يقع مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور التي تلزم السلطة التشريعية بالتقيد بمبادئ الشريعة الإسلامية فيما تقرره من القواعد القانونية ، ويخل كذلك بنص المادة التاسعة من الدستور التي تقضى بأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية .

وحيث أن المادة ٢٨٠ من اللائحة المشار اليها تنص على أن تصدر الأحكام طبقاً للمذاهب في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر تلك الأحكام طبقاً لتلك القواعد ، كما تنص المادة ٣٤٧ على أنه إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدانرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبس ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً .

وحيث أن موضوع هذا الطعن برتمه سبق أن عرض على المحكمة العليا التي أصدرت فيه حكيم :

اولهما : برفض الدعوى رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا « دستورية » .

وثانيهما : برفض الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ قضائية عليا « دستورية » وقد نشر هذان الحكمان في الجريدة الرسمية .

اولهما : في ٢٩ يوليو سنة ١٩٧٤ .

وثانيهما : في ٢٩ يوليو ١٩٧٦ .

وحيث أن البين من هذين الحكمين أنهما انتهيا إلى رفض الدعوى الدستورية .

وحيث أن الحكم الأول اقام قضائه برفض المناعى الموجهة إلى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن المدين المؤسر الماطل ، يعد ظالماً يجوز ردعه وزجره كي لا يظل متصدياً في ظلمه ، وأن ذلك هو ما تظاهره السنة النبوية الشريفة ، وانعقد عليه اجماع المسلمين وأئمتهم ، وأقيم الحكم الثاني على نظر حاصله أن المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تغلق باب الاجتهاد ، بل إنها تنص على وجوب اصدار الأحكام - فيما لا يرد فيه نص وضعي - وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وليس من شأن هذه المادة منع المشرع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها ما يراه ملائماً لزمانه وبيئته باعتبار أن السياسة التشريعية تقتضى من المشرع أن يفتح باب الرحمة من الشريعة نفسها ، وأن يرجع إلى آراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجاً من الضيق ، هذا فضلاً عن أن تخير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال في مذهب من مذاهب ، وألزام القضاء بالتقيد به هو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع .

وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، إذا نصت على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين ، وكانت المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تقضى بأن ينشر في الجريدة الرسمية منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ، وتكون هذه

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى وبإصدار الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(٤)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

بواسطة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العيدين
ومحمد ولي الدين جلال وفاروق عبيد
الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى
فرج يوسف ومحمد على سيف الدين .
أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

إصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٣١ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، فان هاتين المادتين
تكونان قد قطعنا بان الأحكام الصادرة فى الدعاوى
الدستورية لا يقتصر أثرها على من كان طرفاً فيها من
الخصوم ، بل ينصرف هذا الأثر كذلك إلى الناس
أجمعين وإلى الدولة يختلف تنظيماتها ، بما فى ذلك
جهات القضاء على تشعبها ، وذلك سواء كانت هذه
الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص المطعون
عليه ومن ثم بطلانه وزوال الآثار التى أنتجها ، أم إلى
دستوريته وبالتالى براءته من العيوب الدستورية
جميعها ويقائه نافذاً فى الصورة التى أفرغها المشرع
فيه ، ذلك أن الخصومة فى الدعاوى الدستورية - وهى
عينية بطبيعتها - تنصب على النصوص التشريعية
ذاتها تحريماً لموافقتها أو مخالفتها للدستور هذا فضلاً
عن أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص
التشريعية التى انفردت بها المحكمة العليا ، هى رقابة
شاملة قوامها هذه النصوص ذاتها أياً كانت الجهة التى
أقرتها أو أصدرتها ، ويعد نطاقها إلى تجريدها من قوة
نفاذها إذا ما قضى بعدم دستورتها ، أو إلى تقرير
صحتها وانتفاء موجبات إبطالها ، فلا يعرقل سريانها
فى موجهة المخاطبين بها عائق .

وحيث انه متى كان ما تقدم ، وكان قضاء المحكمة
العليا قد خلص إلى دستورية نص المادتين ٢٨٠ و ٣٤٧
من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وكان قضاؤه هذا
ملزماً للكافة ولجهات القضاء جميعها ، وكانت محكمة
الموضوع بعد أن قدرت - فى النزاع الماثل - جدية الدفع
بعدم دستورية هاتين المادتين ، عادت إلى نظر الموضوع
المعروض عليها وقضى حكمها بحبس المدعى فى هذا
النزاع إنفاذاً لنص المادة ٣٤٧ المشار إليها ، فان حكمها
هذا لا يعدو أن يكون إلتزاماً من جانبها بقضاء المحكمة
العليا وإعصافاً لآثره فى النزاع الموضوعى المعروض
عليها ، وهو ما يدخل فى اختصاصها ، بما مؤداه انتفاء
مصلحة المدعى فى الطعن على هاتين المادتين بعدم
الدستورية .

المقاصة من :

١ - السيد / عبد العزيز عبد العاطي اسماعيل

٢ - السيدة / حكمت عبد العاطي اسماعيل

٣ - السيدة / درية عبد العاطي اسماعيل

٤ - السيد / محمد عبد اللطيف

٥ - السيد / محمد أحمد المجري

٦ - السيد / محمد هشام على شعبان

ضد :

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس الوزراء

٣ - السيد / رئيس مجلس الشعب

٤ - السيد / وزير العدل

٥ - السيد / ماهر يوسف قايد

٦ - السيد / محمد ماهر يوسف قايد

٧ - السيدة / حنان ماهر يوسف قايد

الإجراءات

بتاريخ العاشر من أكتوبر سنة ١٩٩٤ أودع المدعون صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة بطلب الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدني وذلك فيما تضمنته من بيع المال الشائع جبراً في حالة عدم إمكان قسمته عنياً .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى عليهم الخامس والسادس والسابع كانوا قد أقاموا - ضد المدعين - الدعوى رقم ٧٩٧ لسنة ١٩٩٢ مدنى الفشن بطلب الحكم بفرز وتجنيد حصتهم في العقار الموضع الحدود والمعالم والمساحة بصحيفة تلك الدعوى وتسليمها اليهم مفرزة محددة ، وبجلسة ١٩٩٣/٦/٢٨ دفع المدعون بعدم دستورية النص القاضى ببيع ملك غير طالب القسمة جبراً ، وأدّرت محكمة الموضوع جديدة الدفع فبعد اجلت نظر الدعوى لجلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥ وصرحت للمدعين بالظعن بعدم الدستورية على ذلك النص ، وتقديم ما يفيد ذلك قبل تلك الجلسة ، فأقام المدعون الدعوى الماثلة .

وحيث أن البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ يقضى بأنه إذا دفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي أبدى الدفع أمامها أنه دفع جدى ، أجلت نظر الدعوى ، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا ، وكانت مهلة الثلاثة أشهر المنصوص عليها في هذا البند غايتهما النزول بكل ميعاد يزيد عليها إلى مالا يجاوزها باعتبارها حداً زمنياً نهائياً تقرر بقاعدة أمرة ، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تتعده ، فإن هى فعلت ما كان للخصم أن يقوم دعواه الدستورية بعد فواتها . ذلك أن قانون هذه المحكمة لا يطرح خيارين يفاضل بينهما المدعى في الدعوى الدستورية :

أحدهما : الميعاد الذى حددته محكمة الموضوع لرفعها .

والثانيهما : المهلة الزمنية النهائية التى لا يجوز لها أن تتخطاها في تحديثها لهذا الميعاد .

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير والدكتور عبد المجيد قياض ومحمد
على سيف الدين وعدلى محمود منصور
أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى
رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد
أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقاسة من :

- ١ - السيد / محمد عامر حمدي الكاشف
- ٢ - السيد / محسن عامر حمدي الكاشف
- ٣ - السيدة / فحسان عامر حمدي الكاشف

ضد

- ١ - السيد / رئيس الرزاء
- ٢ - السيدة / سنية ناصر عقيل زعيتر

الإجراءات

بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٩٣ أودع المدعون
صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبين الحكم
بعدم دستورية نص المادة السابعة من لائحة ترتيب
المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة
١٩٣١ .

إنما هو ميعاد واحد يتعين أن يتقيد به المدعى فى
الدعوى الدستورية ، وهو ذلك الذى عينته محكمة
الموضوع لإقامتها بما لا يجاوز عدة الثلاثة أشهر المشار
إليها ، يؤيد حتمية هذا الميعاد أن فواته مؤاده اعتبار
الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن ، وامتناع قبول
الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا لعدم
اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها
بما يحول دون مضيقها فى نظرها .

وحيث انه متى كان سابقاً ، وكانت محكمة
الموضوع بجلستها المعقودة فى ١٩٩٣/٦/٢٨ قد
صرحت للمدعين - بعد تقديرها لجدية دفعهم - برفع
الدعوى الدستورية ، وكلفتهم بتقديم ما يدل على ذلك
قبل جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥ التى حددتها لنظر دعوى
الموضوع وكان المدعون لم يودعوا صحيفة الدعوى المائلة
خلال الميعاد المقرر قانوناً لرفعها ، وغايته ثلاثة أشهر
- على التفصيل السالف إيراد - وأضحى دفعهم بعدم
الدستورية كأن لم يكن بما يحول بين المحكمة الدستورية
العليا ومضيقها فى نظر الدعوى المائلة ، فإن الحكم بعدم
قبولها يكون متعيناً .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وبمصادرة
الكفالة وألزمت المدعين المصروفات ومبلغ مائة جنية
مقابل اتعاب المحاماة .

(٥)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٤ فبراير سنة
١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

١٩٣١ ، قد بينت في مادتها الخامسة والسادسة المنازعات التي تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائي فيها ، وكذلك تلك التي تختص بالفصل فيها بصفة ابتدائية ، ثم اتبعتها بمادتها السابعة التي جرى نصها كالآتي :

« تختص المحاكم الشرعية الجزئية في سيادة والعريش والقصور والوحدات الثلاث بالحكم في جميع المواد المنصوص عليها في المادتين السابقتين وفي جميع المواد الشرعية الأخرى التي هي من اختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين في المادة الشافعة ، ويكون حكمها في جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة في الأحوال المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الرابع من هذه اللائحة » .

وحيث أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلي المحاكم الوطنية ، وإن نص في مادته الثالثة عشرة على إلغاء بعض المواد التي تضمنتها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المشار إليها إلا أن هذا الإلغاء لم يشمل مادتها السابعة التي ظل حكمها قائماً وناقذاً إلى أن صدر القانون رقم ٢١٤ لسنة ١٩٩٤ الذي نصت مادته الأولى على أن « تلغى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، وعلى المحاكم الجزئية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية المختصة بمقتضى حكم الفقرة السابقة ، وذلك بإحالة التي تكون عليها .. » .

وحيث أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية - وهي شرط قبولها - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع .

وقد تمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها الحكم برفض الدعوى وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

حيث أن الوقائع - على ما بين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى عليها الثانية أقامت الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ أمام محكمة العريش الجزئية للأحوال الشخصية « نفس » بطلب إظهار وضبط وفاة زوجها مع تحديد نصيب كل وارث ، قولاً منها بأنها كانت زوجة للمرحوم / عامر حمدي عمر الكاشف بموجب عقد شرعي والذي توفي بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٩٢ خلال فترة عدتها إثر تطبيقها منه طلاقاً رجعيّاً . وبتاريخ ٢٧ يوليو سنة ١٩٩٣ قضت تلك المحكمة في الدعوى المذكورة بتعديل الإعلام الشرعي الصادر في المادة ٥٢ لسنة ١٩٩٣ ورثات العريش ، ليكون بتحقيق وفاة المرحوم عامر حمدي عمر الكاشف بتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٩٩٢ وانحصار إرثه الشرعي في زوجته المطلقة المدعى عليها الثانية وفي المدعين « أولاده البالغ » كل بحسب نصيبه المحدد في هذا الحكم وقد طعن المدعون على هذا الحكم بالتماس إعادة النظر رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٣ أمام محكمة الموضوع ذاتها بطلب إلغاء الحكم موضوع الالتماس لما تضمنته من قضاء بأكثر مما طلبه الخصوم ، وأثناء نظر الالتماس ، دفع المدعون بعدم دستورية نص المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية وصرحت للمدعين بإقامة دعواهم الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى الماثلة .

وحيث أن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة

وحيث أن البين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - بعد تعديل أحكامها بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه - أن الطعن بالطرق العادية فى الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية ، غذا مقصوراً على المعارضة فيها واستئنافها ، متى كان ذلك ، وكانت المادة ١٠ من هذه اللائحة تنص على أن الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية الشرعية يجوز استئنافها أمام المحاكم الشرعية الابتدائية ، وذلك دون إدخال بحكم المادة ٧ من هذه اللائحة ، فإن المشرع بذلك يكون قد أورد حكم مادتها السابعة باعتباره استثناءً من مادتها العاشرة ، وهو استثناء أكدته المادة ٣٠٤ من اللائحة المذكورة بما نصت عليه من أنه « يجوز للخصم - فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة - أن يستأنفها الاحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الكلية بصفة ابتدائية » .

وحيث أن من المقرر أنه فيما عدا الأحوال التى تفصل فيها المحاكم الشرعية الجزئية فى نزاع يدخل فى إطار اختصاصها الانتهاى ، ويكون قصر حق التقاضى فى شأن المسائل التى تفصل الحكم فيها على درجة واحدة ، وإقعا فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق ، وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام ، فإن الأصل فى الاحكام التى تفصل بصفة ابتدائية فى النزاع الموضوعى ، وهو جواز استئنافها ، إذ يعتبر نظر النزاع على درجتين ضمانات أساسية للتقاضى لا يجوز حجبها عن المتخاصمين بغير نص صريح ووفق أسس موضوعية ، بما مؤداه أن الخروج عليها لا يفترض ، وذلك سواء نظر إلى الطعن استئنافياً فى الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقويم اعوجاجها ، أم كوسيلة لنقل النزاع برمته وبكامل العناصر التى يشتمل عليها إلى المحكمة الاستئنافية لتجلى بصرها فيه من جديد باعتبار أن حكماً واحداً فى شأن هذا النزاع لا يقدم ضماناً كافياً يرفع العدالة ، ويضمن فعالية إدارتها وفقاً لمستوياتها التى التزمته الدول المتحضرة .

وحيث أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة . ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعصى عنها بقاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من هاتين القاعدتين ، فيما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية وجرت آثارها خلال فترة نفاذها بطل خاضعاً لحكمها وحدها . إذ كان ذلك وكان الطعن المقدم من المدعين بعدم دستورية المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السالف ببنائها ، قد توخى إبطال ما قرره من عدم جواز الطعن فى الحكم الصادر من محكمة العريش الجزئية فى الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ إلا بطريق المعارضة كى يفتح أمامهم طريق الطعن فى هذا الحكم استئنافياً ، فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تنحصر فى هذا النطاق ولا تتعداه .

وحسب أن المدعين ذهبوا إلى أن المشرع قد توخى بنص المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - فى ثبته المطعون فيه - أن يدفع عن المتقاضين مشاق انتقالهم من المناطق النائية التى حددها هذا القانون إلى مقار المحاكم الابتدائية ، حال أن هذا الاعتبار بات منتفياً إزاء تقدم وسائل الاتصال وسهولتها ، ومن ثم يقع النص المطعون فيه مخالفاً للمادتين ٤٠ ، ٦٨ من الدستور فيما تنص عليه أولهما من أن المواطنين متكافئون أمام القانون ، وماقرره ثانيتهما من أن تعمل الدولة على ضمان تقريب جهات القضاء من المتقاضين .

من بينهم أو لحرمان منه في احوال بذاتها أو إرهابه بعوائق مناقبه لطبيعته ، إنما يعد عملاً مخالفاً للدستور الذي لم يجز إلا تنظيم هذا الحق وجعل المواطنين سواء في الارتكان اليه ، بما مؤداه أن غلق أبوابه دون أحدهم أو فسيق منهم ، إنما ينحل إلى إهداره ويكرس بقسا العدوان على الحقوق التي يدعيها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاءً بالدستور القائم ردت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها .

وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتثيه محققاً للصالح العام .

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينتها هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس والأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده - وعلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا - أنها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها ، إذ لو صبح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ، ويحول دون إرساء أسسها ويلوغ غايتها وآية ذلك من أن صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها ،

وحيث أن البين من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع بعد أن حدد في المادة ٥ منها ما يدخل في إطار الاختصاص الانتهائي للمحاكم الشرعية الجزئية ، وقرنها بالمادة ٦ التي فصل بها ما يقع في نطاق اختصاصها الابتدائي ، أفرد المحاكم الشرعية الجزئية في سيوة والعريش والقصور والواحات الثلاث بحكم خاص قصره عليها ، وذلك بما نص عليه - في المادة ٧ من اختصاصها بالحكم في جميع المواد المنصوص عليها في المادتين السابقتين وكذلك الفصل في جميع المواد الشرعية الأخرى التي هي من اختصاص المحاكم الابتدائية كما هو مبين في المادة الثامنة ، وعلى أن يكون حكمها في جميع ما ذكر غير قابل للطعن إلا بطريق المعارضة .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان الحكم الصادر من محكمة العريش الجزئية في الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٣ قد فصل في نزاع يدخل في اختصاصها الابتدائي ، وكان الأصل المقرر عملاً بالمادة ١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو جواز الطعن استثنائياً في الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية « دون إخلال بحكم المادة ٧ المشار إليها » فإن هذا الاستثناء يكون قد استبعد أحكام الشرعية الجزئية الواقعة في بعض الأماكن النائية التي حددها المادة ٧ من تلك اللائحة ، من الطعن فيها استثنائياً على خلاف الأصل المقرر بالنسبة إلى غيرها من المحاكم التي تساويها في مرتبتها وتنكافأ معها في تشكيلها .

وحيث أن الدستور بما نص عليه في المادة ٦٨ منه من حق كل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي انتصافاً بما قد يقع عليه من عدوان ، قد دل على أن هذا الحق في أصل شرعته من الحقوق المقررة للناس جميعاً لا يتمايزون فيما بينهم في مجال النفاذ اليه وإنما تنكافأ مراكزهم القانونية في سعيهم لرد الإخلال بالحقوق التي يدعونها ولتأمين مصالحهم التي ترتبط بها ، بما مؤداه أن قصر مباشرة حق التقاضي على فئة

فى المادة ٤٠ من الدستور ، ينافيه أن النص المطعون فيه ينحل إلى قاعدة قانونية عامة مجردة لا تقيم فى مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها باعتبار أنهم متكافئون فيما بينهم فى مجال الطعن التى أتاحتها ، وكذلك تلك التى حجبتها . ذلك أن أعمال مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون رهن بالشروط الموضوعية التى يحدد المشرع على ضوءها المراكز القانونية التى يتكافأ أصحابها بها أمام القانون ، على أن يكون مفهوماً أن موضوعية هذه الشروط مرجعها إلى اتصال النصوص التى ترتبها بالحقوق التى تتناولها ، بما يؤكد ارتباطها عقلاً بها وتعلقها بطبيعة هذه الحقوق ، ومتطلباتها فى مجال ممارستها ، ومجرد عمومية القاعدة القانونية وتجردها وإن كان لازماً لانفاذ أحكامها ، إلا أن التمييز التشريعى المناقض لمبدأ المساواة أمام القانون ، لا يرقم إلا بهذه القواعد ذاتها .

وحيث أن ما قررتة هيئة قضايا الدولة من أن النص المطعون فيه قد تروى سرعة الفصل فى القضايا التى تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية وفقاً لحكمه ، وكفل كذلك تقريب جهات القضاء من المتقاضين الذين يقيمون فى الأماكن التى حددها ، مردود بأن انفتاح طرق الطعن فى الأحكام أو منعها لا يجوز من زاوية دستورية إلا وفق أسس موضوعية ليس من بينها مجرد سرعة الفصل فى القضايا . كذلك فإن تقريب جهات القضاء - من خلال محاكمها - من المتقاضين ، لا يتصور أن يتم بوجود مواقعها بعيداً عن فريق منهم ، ولا يجوز كذلك أن يكون معطلاً لحقهم فى فرص الطعن التى أتاحها المشرع لغيرهم من يثامنون معهم فى المركز القانونى . ذلك أن استواء طرق الطعن فيما بين هؤلاء وهؤلاء ، على مقتضى قاعدة قانونية واحدة ، ضمانات أساسية للتقاضى يتكامل معها ولا يجيبها التزام الدولة بأن تتخذ الوسائل التى تكفل تقريب جهات القضاء منهم .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون قد خالف المادتين ٤٠ ، ٦٨ من الدستور .

كالتمييز بين المواطنين فى نطاق الحقوق التى يتمتعون بها أو الحريات التى يمارسونها باعتبار مرده إلى مولدهم أو مركزهم الاجتماعى أو انتمائهم الطبقي ، أو ميولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية أو عصبيتهم القبلية أو إلى موقفهم من السلطة العامة أو إعراضهم عن تنظيماتها أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التى لا تظاهرها أسس موضوعية تقيمها .

وحيث أن المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق أو الحريات التى كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها ، ويوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة . متى كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد ميز بين المتقاضين فى مجال التداعى فى شأن الحقوق التى يظهرها - لا بناء على اعتبار يترد إلى طبيعتها أو يتصل بتنظيم الحق فى اقتضاها ، بل ترتيبها على محال إقامتهم ، وذلك أن اللاحقة المشار إليها كفلت لكل متقاض - لا يقيم فى جهة من الأماكن التى حددها النص المطعون فيه - حق الطعن استثنائياً فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية فإن كان مقيماً بها ، فإن هذا الطريق من طرق الطعن يكون ممتنعاً بالنسبة إليه ، بما مؤداه استبعاد النص المطعون فيه لفئة بذاتها من المتقاضين من فرص الطعن المكفولة لسواهم رغم قائلهم جميعاً فى مراكزهم القانونية ، وتداعيتهم فى شأن الحقوق عينها ، ومن ثم لا يكون هذا النص محمولاً على أسس موضوعية ، بل متبنياً تمييزاً تحكيمياً منها على عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

ولا ينال مما تقدم ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة من أن الاحلال بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة السابعة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وذلك فيما نصت عليه من عدم جواز الطعن إلا بطريق المعارض في الاحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الشرعية الجزئية في سيوة والعريش والقصور والواحات الثلاث ، والزمته الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة .

(٦)

باسم الشعب المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المتعقدة في يوم السبت ٤ فبراير سنة ١٩٩٥م الموافق ٤ رمضان سنة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر
رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحيم
نصير وسامي فرج يوسف والدكتور / عبد
المجيد فياض ومحمد على سيف الدين
وعدلى محمود منصور .

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

١ - عميد مهندس متقاعد على حسن إبراهيم يوسف
٢ - عميد متقاعد السيد أحمد السيد إبراهيم يوسف
راضى

٣ - عقيد متقاعد مدحود بدر بريك سبينه

٤ - عقيد متقاعد عبد المحسن محمود مختار

٥ - عقيد متقاعد محمد توفيق على خاطر

٦ - رائد متقاعد اسامة عبد اللطيف أحمد

٧ - نقيب متقاعد عزت محمود مختار

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٣ - السيد / وزير الدفاع والانتاج الحربى بصفتة
الرئيس الأعلى لإدارة التأمين والمعاشات العسكرية

٤ - السيد / وزير المالية

٥ - السيدة / وزيرة التأمينات الاجتماعية بصفتها
الرئيس الأعلى للهيئة القومية للتأمين الاجتماعى

الإجراءات

تاريخ ٨ فبراير ١٩٩٤ أودع المدعون قلم كتاب
المحكمة صحيفة هذه الدعوى طالبين الحكم بعدم
دستورية الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من القانون رقم ٩٠
لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

حيث أن الوقائع ج على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تحصل في أن المدعين بعد أن أحيلوا إلى التقاعد من خدمة القوات المسلحة واستحقوا المعاش العسكري طبقاً للقانون ، عين بعضهم بالهيئة العامة للصرف الصحي بالأسكندرية ، والبعض الآخر بشركات قطاع الأعمال العام بالأسكندرية ، وإذ تقرر حرمانهم من الحق في الجمع بين معاشاتهم العسكرية وأجورهم من عملهم بوظائفهم المدنية استناداً إلى المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ ، فقد أقاموا - لاقتضاء هذا الحق الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٩٣ برية أمام اللجنة القضائية لضباط القوات المسلحة ، ودفعوا بعدم دستورية المادة المشار إليها فيما تضمنته فقرتها الأولى من حظر الجمع بين المعاش والمرتب ، وإذ قدرت اللجنة جديدة هذا الدفع ، وحددت للمدعين موعداً غايته ثلاثة أشهر لرفع الدعوى الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى الماثلة .

وحيث أن المدعين ينعون على الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة مخالفتها الدستور وذلك فيما تضمنته من حظر الجمع بين المعاش المستحق عن مدة الخدمة العسكرية ، والمرتب المستحق عن العمل بالوظائف المدنية ، قولاً بأن هذا الحظر يتعارض مع حق العمل ويخل بنظام التأمين الاجتماعي وينطوي على اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة للمواد ١٣ و ١٧ و ٢٤ من الدستور .

وحيث أن البين من الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ بعد تعديلها بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٢ ، أنها تنص على أنه « إذا عين صاحب معاش على درجة مالية في الجهاز الإداري للدولة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو هيئات القطاع العام وشركاته ، أوقف صرف معاشه طوال مدة خضوعه لأحكام قانون التأمين الاجتماعي فإذا كان صافي المرتب الأساسي الذي يتقاضاه صاحب المعاش المعين في إحدى الجهات المشار إليها أقل من المعاش المستحق له من القوات المسلحة مضاعفاً إليه ٢٠٪ منه ، يصرف له من المعاش ما يعادل الفرق بينهما على أن يستنزل من جزء المعاش المنصرف له أي زيادة تطرأ مستقبلاً على هذا الصافي حتى انتهاء خدمته المدنية ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٠١ » .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية ، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينهما وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة أمام محكمة الموضوع ، فإذا لم يكن له بها من صلة ، كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة ، وكان قبولها كذلك لا يكفي فيه أن يكون النص التشريعي المطعون عليه مخالفاً في ذاته للدستور ، فقد تعين لتوافر المصلحة فيها أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعى - قد أدخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً .

إذ كان ذلك ، وكان النزاع الموضوعي في الخصومة الماثلة ، يقسم على حق المدعين في الجمع به بين معاشاتهم عن خدمتهم بالقوات المسلحة ، وما يحصلون عليه من أجر من الهيئة العامة للصرف الصحي

أولهما: أن العمل ، ليس ترفاً يمكن النزول عنه ، ولا هو منحه من الدولة تبسطها أو تقبضها وفق مشيئتها لتحدد على ضوءها من يتمتعون بها أو يمتنعون عنها ، ولا هو إكراه للعامل على عمل لا يقبل عليه باختياره ، أو يقع التمييز فيه بينه وبين غيره لاعتبار لا يتعلق بقيمة العمل أو غير ذلك من الشروط الموضوعية التي تتصل بالأوضاع التي يجب أن يمارس فيها ، وسواء انعكس هذا التمييز في شكل آثار اقتصادية أم كان مرهقاً لبيئة العمل ذاتها مثيراً لنوازع عدائية فيما بين العاملين فيها *objectively hostile to work environment* ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٣ من الدستور تنظم العمل بوصفه حقاً لكل مواطن لا يجوز إهداره أو تقييده بما يحطل جوهره ، وواجباً يلتزم بمسئولية كمال أدائه ، وشرعاً يرنو إليه أسلاً وهو باعتباره كذلك ولأهميه في تقدم الجماعة وإشباع احتياجاتها ، ولصلته الوثيقة كذلك بالحق في التنمية بمختلف جوانبها ، ولضمان تحقيق الإنسان لذاته ولحرياته الأساسية ، وكذلك لإعمال ما يتكامل معها من الحقوق ، توليه الدولة اهتمامها وتزيل العوائق من طريقه وفقاً لإمكاناتها ، وبوجه خاص إذا امتاز العامل في أدائه وقام بتطويره .

ولا يجوز بالتالي أن يتدخل المشرع ليعطل حق العمل ، ولا أن يتنزع اعتسافاً بضرورة صون أخلاق العامل أو سلامته أو صحته للتعديل في الشروط التي يقوم عليها بل يعمين أن يكون تنظيم هذا الحق غير مناقض لحياته ، وفي الحدود التي يكون فيها هذا التنظيم منصفاً ومبرراً .

ثانيهما: أن الأصل في العمل أن يكون إرادياً قائماً على الاختيار الحر ، ذلك أن علاقت العمل بقرابها شراء الجهة التي تقدم باستخدام العامل لقوة العمل بعد عرضها عليها ، ولا يجوز بالتالي أن يحمل المواطن على العمل حملاً بأن يدفع إليه قسراً أو يفرض عليه عنوة ، إلا أن يكون ذلك وفق القانون - ويوصفه تلميهاً

بالأسكندرية وشركات قطاع الاعمال العام التي عينوا فيها فإن مصلحتهم الشخصية المباشرة تنحصر فيما يتصل من أجزاء الفقرة الأولى من المادة ٩٩ المشار إليها بنزاعهم الموضوعي .

وحيث أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ، مالم يقيده الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتكون تخوفاً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية ، فإن ما تفره من القواعد القانونية يصده لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقض أو الانتقاض ، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهيميشها ، عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تنفس إلا من خلالها *The Breathing Space* بما مؤاده أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها - بعيداً عن الرقابة القضائية التي قارستها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية ، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن - بمعاييرها الذاتية - السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين ، ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً ، ولا أن تتحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي رضي المشرع إلى بلوغها ، ولا أن تكون خياراتها بديلاً عن عمل السلطة التشريعية ، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها تلك ، مستلهمة في ذلك أغراضاً يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي ، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التي حددتها مرتبطة عقلاً بها .

وحيث أن البين من أحكام الدستور بما يحقق تكاملها ويكفل عدم انزعال بعضها عن بعض في إطار الوحدة العضوية التي تجمعها وتصرن ترابطها ، أنه في مجال حق العمل والتأمين الاجتماعي ، كفل الدستور أمرين :

الظروف الأفضل التي تفي باحتياجاتهم الضرورية ،
وتكفل مقوماتها الأساسية التي يتحررون بها من
العوز ، وينهضون معها بمسئولية حماية أسرهم والارتقاء
بمعاشها ، بما مؤدها أن التنظيم التشريعي للحقوق التي
كفلها المشرع في هذا النطاق ، يكون مجافياً أحكام
الدستور منافية لمقاصده ، إذا تناول هذه الحقوق بما
يهدرها أو يفرغها من مضمونها .

ولازم ذلك أن الحق في المعاش - إذا توافر أصل
استحقاقه وفقاً للقانون - إنما ينهض التزاماً على الجهة
التي تقرر عليها ، وهو ما تؤكد قوانين التأمين
الاجتماعي - على تعاقبها - إذ يبين منها أن المعاش
الذي تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند
انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقاً للنظم المعمول بها ، يعتبر
إلتزاماً مرتبطاً بنص القانون في ذمة الجهة المدنية ، وإذا
كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد
في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي حين ناط بالدولة ، أن
تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية - الاجتماعية منها
والصحية - بما في ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو
عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحود التي يبينها
القانون ، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي التي يمتد
نطاقها إلى الاشخاص المشمولين بها - هي التي تكفل
لكل مواطن الحد الأدنى من المعاملة الانسانية التي لا
تقتن فيها آدميته ، والتي توفر لحرية الشخصية
مناخها اللائم ، ولضمانة الحق في الحياة أهم روافدها ،
وللحقوق التي يليها التضامن بين أفراد الجماعة التي
يعيش في محيطها مقوماتها بما يؤكد انتماء إليها ،
وتلك هي الاسس الجوهرية التي لا يقوم المجتمع
بدونها ، والتي يعتبر التضامن الاجتماعي وفقاً لنص
المادة ٧ من الدستور مدخلاً إليها .

وحيث أن الثابت من الاوراق ، أن المدعين بعد انتهاء
خدمتهم بالقوات المسلحة التي استحقوا عنها معاش
التقاعد العسكري وفقاً للقانون ، عين بعضهم بالهيئة
العامة للصرف الصحي بالأسكندرية والبعض الآخر

استثنائياً لإشباع غرض عام - ويقابل عادل وهي شروط
تطلبها الدستور في العمل الإلزامي ، وقيد المشرع
بمراعاتها في مجال تطبيقه كي لا يتخذ شكلاً من
اشكال السخرية المنافية في جوهرها للحق في العمل
باعتباره شرفاً ، والمجافية للمادة ١٣ من الدستور
بفقرتها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان اقتضاء الأجر
العادل مشروطاً بالفقرة الثانية من المادة ١٣ من
الدستور كمقابل لمحل تحمل الدولة مواطنيها عليه
قسراً استيفاء من جانبها لدواعي الخدمة العامة ونزولاً
على مقتضياتها ، فإن الوفاء بهذا الأجر توكيداً للعدل
الاجتماعي ، وإعلاء لقدر الانسان وقيمته ، واعترافاً
بشخصيته التناسية وما يتصل بها من الحقوق
الاجتماعية والاقتصادية ، يكون بالضرورة التزاماً أحق
بالحماية الدستورية وأكفل لموجباتها كلما كان مقابلاً
لعمل تم أداءه في نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية
اربط طرفاها بها ، وحدد الأجر من خلالها ، وذلك
انطلاقاً من ضرورة التمكين للمقيم الأصلية : الحلقية
والوطنية التي يلتزم المجتمع بالتخلي بها ، والتماس
الطرق إليها والعمل على إرسائها على ما تقتضي به
المادة ١٢ من الدستور ، ونزولاً على حقيقة أن الأجر
وفرص العمل وربطها معا بالانتاجية وفقاً لنص المادة
٢٣ منه ، تمثل جميعها ملامح أساسية لمحلة التنصية
الشاملة التي تنظم اقتصاد الدولة ، والتي تتوخى زيادة
الدخل القومي وتضمن عدالة توزيعه ، هذا فضلاً عن أن
الأجر محدد إنصافاً ووفق شروط مرضية ، ضماناً
جوهرياً لإسهام المواطن في الحياة العامة ، وهو اسهام
غدا واجباً وطنياً طبقاً للمادة ٦٢ من الدستور .

وحيث أن الدستور إذ عهد بنص المادة ١٢٢ منه إلى
المشرع بصوغ القواعد التي تقرر بموجبها على خزانة
الدولة ، مرتبات المواطنين ومعاشاتهم وتوصياتهم
واعاناتهم ومكافآتهم ، على أن ينظم أحوال الاستثناء
منها ، والجهات التي تتولى تطبيقها ، فذلك لتهيئة

مصدراً ، ومن ثم يتحمل العدوان على أيهما إلى إخلال بالملكية الخاصة التي كفل الدستور في مادته الرابعة والثلاثين أصل الحق فيها ، وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها ، تلك الحماية التي جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصرافها إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ، واتساعها بالتالي للأموال بوجه عام .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة - فيما يتصل من أجزائها بنطاق الطعن المائل - يكون مخالفاً لأحكام المواد ٧ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ٣٤ ، ٦٢ ، ١٢٢ من الدستور ومن ثم يتعين الحكم بعدم دستورتها في هذا الشق منها .

وحيث أن النص المطعون فيه بعد أن حظر الجمع بين معاش الحاضرين لأحكامه ومرتباتهم التي يحصلون عليها من الجهات التي حددها ، قضى بعدم سريان قاعدة الحظر هذه في شأن المخاطبين بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ .

وحيث أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من هذا القانون تنص على أنه يجوز لمن انتهت خدمته بالقوات المسلحة لعدم اللياقة الصحية بعد إصابته بسبب الخدمة أو العمليات الحربية ، الجمع بين معاشه وبين ما يتقاضاه من راتب أو أجر أو مكافأة عن أى عمل ، وكان ما قرره النص المطعون فيه من استثناء المخاطبين بالفقرة الثانية من المادة ١٠١ المشار إليها من قاعدة حظر الجمع بين المعاش والمرتب التي اشتمل عليها ، مؤداه أن يوسعهم اقتضائهما معا عند تحقق الواقعة محل الاستثناء ، وكان هدم قاعدة الحظر ذاتها ترتيباً على الحكم بعدم دستورتها ، يعنى أن الاستثناء منها في الأحوال التي بينتها الفقرة الثانية من المادة ١٠١ قد صار وارداً على غير محل ، ذلك أن تقرير استثناء من قاعدة قانونية ، يفترض دوماً قيام القاعدة القانونية التي ورد الاستثناء عليها ، فإذا لم يعد لهذه القاعدة من وجود من زاوية دستورية ، سقط الاستثناء معها .

بشركات قطاع الأعمال العام بالأسكندرية ، وتقرر حرمانهم من الجمع بين أجورهم عن عملهم بوظائفهم المدنية ، ومعاشاتهم العسكرية إعمالاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المشار إليها باعتبار أنهم عادوا - بعد استحقاقهم المعاش - للعمل بإحدى الجهات التي حددتها هذه المادة ، وكان الحق في معاشاتهم تلك لا يعتبر منافياً للحق في أجورهم ، وليس ثمة ما يحول دون اجتماعهما باعتبارهما مختلفين مصدرأً وسبباً ، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً للحق في معاشاتهم ، فإن استحقاقهم لأجور عملهم مردها إلى رابطة العمل ذاتها تنظيمية كانت أم تعاقدية - لترتب بها وترتد إليها في مصدرها المباشر .

كذلك يعتبر المعاش مستحقاً عن مدد خدمتهم السابقة بالقوات المسلحة والتي أدوا عنها حصصهم في التأمين الاجتماعي وفقاً للقواعد التي تقر المعاش بموجبها وتحدد مقدارها على ضوءها ، وذلك خلافاً للأجور التي يستحقونها من الجهات التي عادوا للعمل بها ، إذ تعتبر مقابلاً مشروعاً ولازماً لعملهم فيها ، ولا يعدو الحصول عليها أن يكون باعثاً دفعهم Cause impulsive إلى تقديم خدماتهم إليها ، ليكون أداء هذا العمل سبباً لاستحقاقها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة ، تدل بعباراتها على أن المشرع عامل أجور المدعين باعتبارها بديلاً عن معاشاتهم ، حال أن الالتزام لا يكون بديلاً إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي ، وهو بذلك يفترض مديناً واحداً تقرر البديل لمصلحته ، إذ تبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي ، ولا كذلك حق المدعين في الجمع بين المعاش والأجر ، ذلك أن الالتزام بهما ليس مترتباً في ذمة مدين واحد ، ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما ، فضلاً عن اختلافهما

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ من حظر الجمع بين معاش المخاطبين بها ومرتباتهم ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل اتعاب المحاماة .

(٧)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم ١٨ مارس ١٩٩٥م الموافق ١٧ شوال ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار / الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن

نصير وسامى فراج يوسف والدكتور /

عبد المجيد فياض ومحمد على سيف

الدين ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

اصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيد المستشار / تيمور مصطفى كامل

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية ، بصفته

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء ، بصفته

٣ - السيد المستشار / وزير العدل ، بصفته

٤ - السيد المستشار / رئيس مجلس الدولة ، بصفته

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ يونيو سنة ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً بالحكم بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تمهيز الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

وحيث أن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الاوراق تتحصل فى أن المدعى كان قد عين بوظيفة مندوب بمجلس الدولة اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٧٢ ثم تدرج بوظائف المجلس القضائية إلى أن عين

أولاهما: أن يقرر العضو بعد العمل بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه الزواج من أجنبية تنتمي جنسيتها إلى إحدى الدول العربية وبإذن رئيس الجمهورية في الزواج منها .

وثانيهما: أن يكون زواج العضو بالأجنبية قائماً وقت العمل بقانون المجلس الملغى رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المشار إليه .

وحيث أن المدعى ينعى على البند السادس المشار إليه مخالفته للدستور بما نص عليه من عدم جواز زواج عضو مجلس الدولة بأجنبية ، قولاً بأن هذا الخطر يناقض مبدأ تكافؤ الفرص ويخل بالحماية القانونية المتكافئة للذات كلفتها المادتان ٨ ، ٤٠ من الدستور ، ويهدر كذلك ما للمواطنين من حق في تولي الوظائف العاصمة على النحو المقرر بالمادة ١٤ وأساس ذلك أن النص المطعون فيه اختص أعضاء مجلس الدولة بمعاملة محجفة قصرها عليهم ، وذلك بأن ألزمهم دون غيرهم من نظرائهم الذين ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية بالآ يتزوج أحدهم من أجنبية مستقطاً بذلك ودون ما غرض مشروع يقتضيه الصالح العام - الحق لكل إنسان في أن يختار لحياته شريكاً يسكن إليه في إطار من المودة والرحمة .

وحيث أن الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها ، لا قوام لها بدونها إذ هي محوره وقاعدة بنيانها ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيابها ، ومن بينهن الحق في الزواج وما يتفرع عنه من تكوين أسرة وتنشئ أفرادها وكلاهما من الحقوق الشخصية التي لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تفوض روايتها ، ولا تحمل كذلك بعيداً أو انزعالاً عن التقاليد التي تؤمن بها الجماعة التي يعيش الفرد في كنفها ، بل تعززها وتزكّيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها وإذ كان الزوجان يفضيان لبعضهما البعض بما

مستشاراً ، وإذ أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٧ بتعيينه في وظيفة وكيل عام بهيئة النيابة الإدارية ، فقد أقام الطعن رقم ٣٧٧٩ لسنة ٣٣ ق . أمام المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة طالباً الحكم بإلغاء هذا القرار ، وإصدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه ، ناعياً عليه بطلانه لصدوره بناء على طلب كان قد عرض فيه النقل من مجلس الدولة إلى هيئة النيابة الإدارية ، حال أن ذلك طلب لم يكن نابعاً عن إرادة حرة ، بل كان وليد إكراه تفادياً لانهاه خدمته لزواجه من أجنبية ، وأثناء نظر دعواه الموضوعية دفع المدعى بعدم دستورية البند السادس من المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية ، فقد صرح له بإقامة دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة .

حيث أن المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد حددت الشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضواً بمجلس الدولة ، ومن بينها الشرط المنصوص عليه في بندها السادس الذي ينص على ما يلي :

« ألا يكون متزوجاً من أجنبية ، ومع ذلك يجوز باذن من رئيس الجمهورية الإعفاء من هذا الشرط إذا كان متزوجاً من تنتمي جنسيتها إلى إحدى البلاد العربية » ، وكانت المادة ٦ من مواد إصدار ذلك القانون قد نصت على عدم سرمان الشرط المنصوص عليه في البند ٦ المشار إليه على أعضاء مجلس الدولة المتزوجين من أجنبيات عند العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة ، فإن مؤدى هذين النصوص مجتمعين أن عدم الزواج من أجنبية شرط لازم للتعيين أو للبقاء عضواً في ذلك المجلس ، وهو شرط لا استثناء منه إلا في إحدى حالتين :

الوسائل القانونية السليمة ، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية أو وفق قواعد موضوعية لا تلتزم وأحكام الدستور التي تحمى حمايتها كذلك إلى ما يكون من الحقوق متصلاً بالحرية الشخصية ، مرتبطاً بمكوناتها ، توكيلاً لاحتحام الدائرة التي تظهر فيها الحياة الشخصية في صورتها الأكثر تألفاً وتراحماً .

وحيث أن إغفال بعض الوثائق الدستورية النص على الزواج كحق وما يشتمل عليه بالضرورة من حق اختيار الزوج لا ينال من ثبوتها ولا يفيد أن تلك الوثائق تتجاهل محتواها أو أنها تطلق يد المشرع في مجال القيود التي كفل صونها دستور جمهورية مصر العربية بنص المادة ٤٥ التي تقرر أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، يؤيد ذلك أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية ووظيفتها ببعض ، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها ، لكن تشير بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التي كفلها الدستور ، والتي تعد مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها ، وكثيراً ما تقضى قروح بعض المسائل التي نظمتهما الوثيقة الدستورية ، إلى الأصل العلم الذي يجمعها ويعتبر إطاراً محدداً لها ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعرق لمراميها واستصفاً ما وراها من القيم والمثل العليا التي احتضنتها الدستور فالحق في التعليم وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يشتمل على حق كل مواطن في أن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً مع مبادئه وملكاته وأن يتلقى قدره من التعليم يكون مناسباً لمواهبه وقدراته والحق في بناء أسرة وفق الأسس التي حددها الدستور بنص المادة ٩ منه بمعنى أن يكون للأبوين والأوصياء حق اختيار وسائل تنشئة أطفالهم أو من هم في رعايتهم وألا يحملوا على اختيار نوع من التعليم يكون غريباً أو دون مداركهم وما حرية الاجتماع ولو خلا الدستور من النص عليها إلا

لا يأتقان غيرها عليه ، ولا يصيخان سمعاً لغير نداءاتها ، ويتكتمان أخص دخائل العلائق الزوجية لتظل مكتونات بعيداً عن إطلاع الآخرين عليها ، وكان امتزاجهما يتم في وحدة يرتضيانه يتكاملان من خلالها ويتوجان بالوفا - جوهرها ليظل نيتها مترامياً على طريق ثنائها وعبر إمتداد زمنها ، وكانت علاقة الزوجية بأوصافها تلك تعد نهجاً حميماً ونهياً صافياً لأدق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً فإن الزواج يكون في مضمونه ومرماه عقيدة لا تنقسم عراها أو تهن صلابتها ، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها ولا يجوز بالتالي التدخل تشريعاً في هذه العلائق للحد من فرص الاختيار التي تنشئها وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة ، وذلك ما لم تكن القيود التي فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة في بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهاها تسوغ بموجبياتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها ، ذلك أن تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية لا يفتقر وبوجه خاص إذا أصابها في واحد من أهم ركائزها بأن تعرض دون مقتضى لحق من يريد الزواج في اختيار من يظن إليه ويقبل طواعية عليه ليكونا معاً شريكين في حياة ممتدة تكون سكناً لهما ويتخذان خلالها أدق قراراتهما وأكثرها ارتباطاً بمصائرها وما يصون لحياتهما الشخصية مكاناً اسرارها وأنبل غايتها .

وحيث أنه متى كان ذلك فإن حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلاً عن خواص الحياة العائلية أو واقعاً وراء حدودها إذ يتصل مباشرة بتكوينها وهو كذلك من العناصر التي تؤثر في تكامل الشخصية الإنسانية باعتباره مبروراً لإدارة الاختيار فيما هو لصيق بذاتية كل فرد Private Autonomy of choice وكاشفاً عن ملامح توجهاته التي يستقبل بتشكيلها ، ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالاً بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty وهو كذلك يناقض شرط

بنص صريح فيها ، إلا أن البعض يعتبره من أشمل الحقوق وأوسعها ، وهو كذلك أعملها اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحدة .

ولم يكن غريباً في إطار هذا الفهم - وعلى ضوء تلك الأهمية - أن يستخلص القضاء في بعض الدول ذلك الحق في عدد من النصوص الدستورية التي ترشح مضموناتها لوجوده ، وذلك من خلال ربطها ببعض وقوفاً على أبعاد العلاقة التي تضمها ، فالدستور الأمريكي لا يتناول الحق في الخصوصية بنص صريح ، ولكن القضاء ، يفسر بعض النصوص التي ينظمها هذا الدستور بأن لها ظلالاً Penumbra لا تخطئ العين ، وتنبثق منها مناطق من الحياة الخاصة تعد من قبضتها Emanations ، وتؤكد كذلك بعض الحقوق التي كفلها ذلك الدستور ، من بينها حق الأفراد في الاجتماع ، وحسبهم في تأمين أشخاصهم وأوراقهم ودورهم ومتعلقاتهم في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر ، وحق المتهمين في ألا يكونوا شهوداً على أنفسهم توبياً لإدلائهم بما يدينهم ، وكذلك ما نص عليه الدستور الأمريكي من أن التعداد الوارد فيه لحقوق بذواتها ، لا يجوز أن يفسر بمعنى استبعاد أو تقليص غيرها من الحقوق التي احتجزها المواطنون لأنفسهم .

وحيث أن دستور جمهورية مصر العربية وأن نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٥ على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، ثم قرع عن هذا الحق - ونص الفقرة الثانية منها - الحق في صون الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال تقديرأ حرمتها ، فلا يصادها أحد أو ينفذ إليها من خلال الاطلاع عليها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً ومحدوداً بمدة معينة وفقاً لأحكام القانون ، إلا أن هذا الدستور لا يعرض البتة للحق في الزواج ، ولا للحقوق التي تنفرع عنه كالحق في اختيار الزوج بيد أن اغفال

إطار الحرية التعبير يكفل إنماء القيم التي تتواخاها وينحها مغزاها وبوجه خاص كلما كان الاجتماع مدخلاً حوار بين المضمين إليه حول المسائل التي تثير اهتمامه ولو لم يكن هدفها سياسياً بل كان تقايماً أو مهنياً أو قانونياً أو اجتماعياً كذلك فإن حرية التعبير وحرية الصحافة المنصوص عليهما في المادتين ٤٧ ، ٤٨ من الدستور لا تعنيان مجرد إبداء الآراء قولاً وطباعتها لنشرها ولكنهما تنطويان على الحق في تلقيها وقرائها وتحقيقتها وتعليمها وليكون فهمها وإمعان النظر فيها كاشفاً عن حقيقتها ودون ذلك فإن الحماية التي كفلها الدستور لهاتين الحرمتين ، لن تكتمل سواء في نوعها أو مداها .

وحيث أنه فضلاً عما تقدم ، فإن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تقتل أغواراً لا يجوز النفاذ إليها وينفي دوماً ولاعتبار مشروع ألا يقتحمها أحد ضماناً لسريتها وصونها حرمتها ودفعاً لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها ، وبوجه خاص من خلال الرسائل العلمية الحديثة التي بلغ تطورها حداً مذهلاً ، وكان لتنامي قدراتها على الاختراق أثراً بعيداً على الناس جميعهم حتى في أدق شئونهم ، وما يحصل بملاح حياتهم بل وبياناتهم الشخصية التي غدا الاطلاع عليها وتجميعها نهياً لأعينها ولأذانها . وكثيراً ما الحق النفاذ إليها المخرج أو الضرر بأصحابها وهذه المناطق من خواص الحياة ودخانها تصون مصلحتين قد تبدوان منفصلتين إلا أنهما تتكاملان ، ذلك أنهما متعلقان - بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التي ينبغى كتمانها ، وكذلك نطاق استقلال كل فرد ببعض قراراته الهامة التي اختار أنفاطها وتبلور هذه المناطق جميعها التي يلوذ الفرد بها مطمئناً حرمتها ليهج إليها بعيداً عن أشكال الرقابة وأدواتها الحق في أن تكون للحياة الخاصة تخومها بما يرقى الروابط الحميمة في نطاقها ، ولئن كانت بعض الوثائق الدستورية لا تقرر هذا الحق

ولئن جاز أن يؤتم المشرع أفعالاً بذواتها فيما وراء الحدود الشرعية للعلاقات الزوجية كالزنا ، وأن يتخذ من التدابير ما يكون كافياً لردعها ، فإن ما يقيم هذه العلاقات على أساس من الحق والعدل ويصون حرمتها لا يقل ضرورة في مجال حمايتها وتشجيعها .

ولا يجوز بالتالي أن يركن المشرع - ولغير مصلحة جوهرية - إلى سلطته التقديرية ليحدد على ضوئها من يتزوج ومن ، ولا أن يتدخل في أغوار هذه العلاقات بعد اكتمال بنينها بالزواج ، ذلك أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع وإن كان قوامها أن يفاضل بين البدائل التي يقدر مناسبتها لتنظيم موضوع معين وفق ما يراه محققاً للصالح العام ، إلا أن حدها النهائي يتمثل في القيود التي فرضها الدستور عليها بما يحول - وكأصل عام - دون أن يكون المشرع محدداً لمن يكون طرفاً في العلاقة الزوجية ، أو رقيباً على أشكال ممارستها بعد نشوتها ، وبوجه خاص فيما يستقلان به من شئونها ، ذلك أنه من غير المتصور أن تقع الشؤون العائلية في نطاق الحق في الحياة الخاصة ، لتتجسس الحماية التي يكفلها هذا الحق عن قرار اختيار الزوج ، وهو أداة تأسيس الأسرة والطريق إليها .

ولا ينبغي كذلك أن يكون حق الشخص في أن يتخذ ولداً ، منفصلاً عن الحق في الدخول في العلاقة الشرعية الوحيدة التي لا يوجد إلا من خلالها .

وحيث أن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية تؤكد الحق في الحياة الخاصة بنهيتها عن التلصص على الناس وتعقبهم في عوراتهم يقول تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وهي كذلك تحض على الزواج لعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقداً يفيد حل العشرة - على وجه التأبيد - بين الرجل والمرأة ويكفل تعاونهما . والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به ،

النص على هذه الحقوق لا يعنى انكارها ، ذلك أن الحق في الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملاً للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجاً متواصلاً Rational Continuum ليوامم مضمونها الاتحاق الجديدة التي تفرضها القيم التي أرسلتها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها ، وذلك انطلاقاً من حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقيقة جاوزها الزمن ، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور ، كافلاً ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر The supposed tune of times .

وحيث أن الأصل المقرر وفقاً لنص المادة ٩ من الدستور أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية ، وكان على الدولة - بناء على ذلك - أن تعمل على الحفاظ على طابعها الأصل وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع ، فإن الأسرة في هذا الإطار تكون هي الوحدة الرئيسية التي يقوم عليها البنيان الاجتماعي ، إذ هي التي تفرس في ابنائها أكثر القيم الخلقية والدينية والثقافية سموً وأرفعها شأناً ، ولا يعدو الحق في اختيار الزوج أن يكون مدخلها باعتباره طريق تكوينها ، وهو كذلك من الحقوق الشخصية الحيوية التي يقوم عليها تطور الجماعة واتصال أجيالها ، ومن خلالها يلتصق الإنسان تلك السعادة التي يريد الظفر بها .

وحيث أن الحق في اختيار الزوج يندرج كذلك - في مفهوم الوثائق الدولية - في إطار الحقوق المدنية الأساسية التي لا تميز فيها بين البشر ، وهو يعد عند البعض واقعاً في تلك المناطق التي لا يجوز التدخل فيها بالنظر إلى خصوصياتها ، إذ ينبغي أن يكون للشؤون الشخصية استقلالها ، وألا يقل قرار اختيار الزوج في نطاقها أهمية عن ذلك القرار الذي يتخذ الشخص بمقتضاه ولداً إخصاباً وإنجاباً .

من Choice of Spouse مكفولاً بنص المادة ٥ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٥/١٢/٢١ International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination وتؤكد الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦/١٢/١٦ International Covenant on Civil and Political Rights والذين بلغوا سن الزواج في أن يكونوا أزواجاً ، وأن يقيموا لهم أسراً ، وترعى المادة ٦ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ١٩٦٧/١١/٧ Declaration on the Elimination of Discrimination against Women حقها في اختيار الزوج بحرية وعدم التزوج إلا برضاها التام ، وتتمتع المرأة وفقاً لنص المادة ١٦ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ١٩٧٩/١٢/١٨ Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women بحق مساو للرجل في اختيار الزوج ، وفي ألا يتم الزواج إلا برضاها الكامل .

وتنص المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والموقع عليها في روما بتاريخ ١٩٥٠/١١/٤ من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا Convention For the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms على حق كل شخص في ضمان الاحترام لحياته الخاصة وحياته العائلية . ولا يجوز لأي سلطة عامة التدخل في مباشرة هذا الحق إلا وفقاً للقانون ، وفي الحدود التي يكون فيها هذا التدخل ضرورياً في مجتمع ديمقراطي لضمان الأمن القومي أو سلامة الجماهير أو رضاء البلد اقتصادياً ، أو لتوقي الجريمة أو انفرط النظام أو لصون الصحة أو القيم الخلقية أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم .

ويجب أن يقرأ هذا النص متصلاً ومتربطاً بالمادة ١٢ من هذه الاتفاقية التي تنص على أن لكل الرجال

إذ يقول تعالى ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء ﴾ ويقول سبحانه ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ ويقول جل علاه ﴿ ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية ﴾ .

والزواج فوق هذا مستقر النفس وقاعدة أمنها وسكنها ولا قوام لقوة الأسرة وتوابعها بعيداً عنه إذا التزم طرفا بإطاره الشرعي ، وتراضيا على انعقاده ، ذلك أن الزواج شرعاً ليس إلا عقداً عهرلياً يتم من هو أهل للتعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين في مجلس العقد ، وبشرط أن تتحقق العلانية فيه من خلال شاهدين تتوافر لهما الخبرة والبلوغ والعقل ، يكونان فاهمين لمعنى العبارة ودلالاتها على المقصود منها . ومن الفقهاء من يقول بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تبشر الزواج لنفسها ، ذلك أن الله تعالى أسنده إليها بقوله عز وجل ﴿ فإن طلقها فلا تحمل لهُ من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ وقال عليه السلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والهكر تستأذن من نفسها » .

وحيث أن المواثيق الدولية تؤيد كذلك حق اختيار الزوج . ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠ من أن لكل من الرجل والمرأة - إذا كانا بالغين - حق التزوج وتأسيس أسرة دون قيد يقوم على العرق أو الدين أو الجنسية ، وتردد حكم المادة ١٦ من هذا الإعلان ، اتفاقية التراضي بالزواج والحد الأدنى لسنة وتسجيل عقوده ١٩٦٢/١١/٧ Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages كذلك فإن حق التزوج واختيار الزوج

بأبعاد الحرية الشخصية ، وصوناً لحرمة الحياة الخاصة
 اللتان كفلهما الدستور بنص المادتين ٤١ ، ٤٥ . وكذلك
 حين جرم كل اعتداء عليهما بنص المادة ٥٧ ولم يجز
 فوق هذا إسقاط المسؤولية الجنائية أو المدنية الناشئة عن
 هذا العدوان بالتقادم ، بل أن عدم إدراج حكم مائل
 للنص المطعون فيه فى قانون المحكمة الدستورية العليا
 التى تعلق هامتها فوق كل جهة من خلال ضمانها سيادة
 الدستور ، وتوليها دون غيرها فرض القيود التى
 يتضمنها فى إطار الخصومة القضائية ؟ وارتقاء رقابتها
 على الشرعية الدستورية إلى أكثر أشكال الرقابة
 القضائية مضاءً وأبعدها أثراً وأرفعها شأنًا ، يعنى أن
 تقرير هذا الحكم لا يتصل بجوهر وظيفتها القضائية ،
 وأن اقتضائه منفصل عن الشروط الموضوعية لأوضاع
 ممارستها .

وحيث أنه لا ينال ما تقدم ما تنص عليه المادة ١٦٧
 من الدستور من أن يحدد القانون الهيئات القضائية
 واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها وبين شروط
 تعيين أعضائها ونقلهم ، ذلك أن هذا التفويض لا يخول
 السلطة التشريعية أن تقرر فى مجال تولي الوظيفة
 القضائية من الشروط ما يكون دخيلاً عليها ، مقصداً
 على الضوابط المنطقية لممارستها ، منفصلاً عما يكون
 لازماً لإدراجها ، نائباً عما يتصل بصون هيبتها أو
 يكون كافلاً لرسالتها بل يجب أن تكون القيود التى
 يفرضها المشرع على تولي الوظيفة القضائية عائدة فى
 منتهىها إلى أسس موضوعية تقتضيها مصلحة
 جوهرية ، وهو ما قام النص المطعون فيه على نقيضه ،
 ذلك أن المشرع وإن جاز أن يفرض فى شأن الزواج
 شروطاً إجرائية لضمان توثيقه بصورة رسمية ولإشهاره
 قطعاً لكل نزاع ، بل وأن يقيده بضوابط موضوعية
 كتلك التى تتعلق بأهلية المتعاقدين ودرجة القرابة
 المحرمة ، إلا أن التنظيم التشريعى للحق فيه ، بما ينال
 من جوهره متنع دستورياً .

والنساء عند بلوغهم سن الزواج ، الحق فيه ، وكذلك فى
 تأسيس أسرة وفقاً لأحكام القوانين الوطنية التى تحكم
 مباشرة هذا الحق ، وإعراة أمرين :

أولهما : أن جوهر الحق فى الزواج ليس إلا اجتماعاً
 بين رجل وامرأة فى إطار علاقة قانونية يلتزمان بها ،
 ولأيهما بالتالى أن يقرر الدخول فيها أو الإعراض عنها .
ثانيهما : أن الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ٨ ،
 ١٢ من تلك الاتفاقية - وعملاً بمادتها الرابعة عشرة -
 لا يجوز التمييز فى ممارستها لاعتبار يقوم على الجنس
 أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأى
 السياسى أو غيره أو الأصل القومى أو الاجتماعى أو
 المولد أو الثروة أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو بناء
 على أى مركز آخر .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان البين من
 القوانين التى نظم بها المشرع أوضاع السلطة القضائية ،
 وآخرها قانونها الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة
 ١٩٧٢ ، أن الشروط التى طلبها لتولى الوظيفة
 القضائية فى نطاق جهة القضاء العادى ، لم يكن من
 بينها يوماً قيد يحول دون زواج رجالها بأجنبيات ، بما
 مؤدها انتفاء اتصال هذا الشرط بالأداء الأقوم
 لمسئوليتها باعتباره غريباً عنها ، وليس لازماً لمباشرة
 مهامها على أساس من الحيادة والموضوعية .

وحيث أن المشرع أكد هذا المعنى وتبني هذا الاتجاه ،
 حين اختص المحكمة العليا - الصادر بشأنها القرار
 بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ - بالرقابة القضائية على
 دستورية النصوص القانونية جميعها ، وكذلك بعد أن
 حلت محلها المحكمة الدستورية العليا - الصادر
 بإنشائها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - لتكون رقيباً
 على تقييد السلطتين التشريعية والتنفيذية ، بالضوابط
 التى فرضها الدستور فى مجال اقرار النصوص القانونية
 أو إصدارها ، فقد اطلق المشرع - بهذين القانونين -
 حق أعضاء هاتين المحكمتين فى اختيار الزوج ، التزاماً

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينهم ، هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إيراد الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده أنها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ، ولا يذلل البتة على انحصاره فيها ، إذ لو صبح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها ، وآية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة (٤٠) من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها أو الحريات التي يمارسونها لاعتبار مرده إلى مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعي أو انتمائهم الطبقي أو ميلولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية أو عصبيتهم القبلية أو إلى موقفهم من السلطة العامة ، أو أعراضهم عن تنظيماتها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تقيسها وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، ألا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو احتبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للاشتغال بها ، ويوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المظنون فيه قد اختص أعضاء مجلس الدولة بشرط أورده هذا النص لغير مصلحة جوهرية ، وميز بذلك بينهم وبين غيرهم عن ينهضون بأعباء الوظيفة القضائية ويتحملون بتبعاتها رغم قائلهم جميعاً في مراكزهم القانونية ، فإن

وحيث أن تبرير النص المظنون فيه بمقولة أنه يتناول أعضاء بهيئة قضائية يطلعون بحكم وظائفهم على عديد من أسرار الدولة ويفصلون فيما هو هام من منازعاتها ويحسمون مصير قراراتها ، وأن المشرع صوّأ منه لهذه المصالح قدر ألا يلي أعباء تلك الوظيفة القضائية إلا هؤلاء الذين ينتسبون إلى الوطن انتماءً مبرداً ، متحررين من شبهة التأثير الخارجي عليهم ، وهو ما يقع إذا تزوج أحدهم بأجنبية ، مردود بأن المحكمة الدستورية العليا - التي خلا قانونها من هذا الشرط - تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية ذاتها ، وهي أبغ خطرأ وأكثر اتصالاً بالمصالح القومية الحيوية ، بل أنها تستخلص من النصوص الدستورية تلك القيم التي ارتضتها الجساسة لتؤسس عليها ركائز بنياتها وتعبد الطريق لتقدمها ، كذلك فإن فهمها لأحكام الدستور ومناهجها في التأصيل والتفريع هي أدواتها إلى إبطال النصوص التشريعية بما يجردها من قوة نفاذها . وأحكامها هي التي ترد المواطنين جميعهم ، وكذلك السلطات العامة - على تعدد أفرعها وتباين تنظيماتها - إلى كلمة سواء يكون الدستور من خلالها مهيمناً على الحياة بكل صورها .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم ردودت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون ، كفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقييد ممارستها .

وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد مجال أعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يرتبته محققاً للمصالح العام .

بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وذلك فيما نص عليه من ألا يعين عضو مجلس الدولة يكون متزوجاً بأجنبية ، وألزمت الحكومة المصروفات وصبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(٨)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

الجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ١٨ مارس ١٩٩٥م الموافق ١٧ شوال ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

فاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن

نصير وسامى فرج يوسف وصالح على

سيف الدين وعدلى محمود منصور

ومحمد عبد القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

رأفت محمد عبد الواحد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا

برقم ٦ لسنة ٩ قضائية « دستورية » .

المقاسة من :

السيدة / أسماء أحمد على

النص المطعون فيه يكون مفتقراً إلى الأسس الموضوعية التى ينهض أن يقوم عليها ، ومتنبهاً بالتالى تمييزاً تحكيمياً منهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور .

وحيث أن النص المطعون فيه يقيد كذلك حق العمل - وما تفرع عنه من الحق فى تولي الوظائف العامة - المكفولين بالمادتين (١٣ ، ١٤) من الدستور ، ذلك أن إعمال هذا النص يستلزم إنهاء خدمة المعينين بمجلس الدولة على خلاف أحكامه ، ويعول دون تعيين أعضاء جدد فيه لمجرد اختصارهم الزواج من أجنبية .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد (٩ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٥) من الدستور ، وهو ما يتعين الحكم به .

وحيث أن المشرع بعد أن قضى ألا يعين عضواً بمجلس الدولة من يكون متزوجاً بأجنبية ، أورد استثنائين من هذه القاعدة يقول :

والهما : رئيس الجمهورية أن يأذن بإعفاء من يريد الزواج بغيرية من حكمها .

وينص ثانيهما : وقد ورد بالمادة (٦) من قانون إصدار قانون مجلس الدولة - على إعفاء أعضاء مجلس الدولة المتزوجين من أجنبيات عند العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة من الخاضع للحظر المقرر بالنص المطعون فيه ، متى كان ذلك وكان هدم القاعدة التى تضمنها هذا النص وإبطال العمل بها ، يعنى أن الاستثناء منها قد صار وارداً على غير محل ، باعتبار أن الاستثناء من قاعدة قانونية يفترض دوماً بقاها ، فإن إبطال النص المطعون فيه تمها للحكم بعدم دستوريته ، يستتبع زوال هذين الاستثناءين معاً وسقوطهما .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية البند السادس من المادة (٧٣) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار

وتانسى وإبراهيم وأمين ومحميا ونهال وأحمد رجائى
على زيتون .

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٣ - السيد / أحمد نبيل إبراهيم مصطفى .

٤ - السيد / حسن إبراهيم محمود .

الإجراءات

بتاريخ ٧ فبراير سنة ١٩٨٧ ، أودع المدعون قلم
كتاب المحكمة صحيفة الدعوى المائلة طالين الحكم
بعدم دستورية نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة
١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين
المؤجر والمستأجر .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً
عدم قبول الدعوى واحتياطياً رفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة بجلسة ٦ يناير سنة ١٩٩٠ إعادة ملف
الدعوى إلى هيئة المفوضين بناء على طلبها لإعداد تقرير
تكميلى وإذ أودعت هيئة المفوضين تقريرها التكميلى
عادت المحكمة إلى نظرها وقررت إصدار الحكم فيها
بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

وحيث أن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أنه بتاريخ الأول من
مارس سنة ١٩٦٩ استأجر المدعى عليه الثالث من
المدعين شقة يملكونها بالعقار رقم ٢٧ شارع الدكتور

محمد منور بمدينة نصر - محافظة القاهرة لاستعمالها
سكناً خاصاً ، وإذ فوجئوا بتركه لها وتنازله عنها
للمدعى عليه الرابع ، فقد أقاموا ضدهما الدعوى رقم
٢٤٦٣ لسنة ١٩٨٤ بإجارات شمال القاهرة ، يطلب
الحكم بإخلائهما من الشقة وتسليمها إليهم خاليتين ،
فأقام المدعى عليه الرابع دعوى فرعية طلب فيها إلزام
المدعين بتحرير عقد إيجار له عن هذه الشقة ، استناداً
إلى المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن
تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك
والمستأجر ، بمقولة أنه شقيق لزوجته مستأجرها الأصلى
وأقام معه بها منذ سنة ١٩٧٥ ، وإذ دفع المدعون إثناء
نظر النزاع الموضوعى بعدم دستورية نص المادة ٢٩
المشار إليهما ، وصرحت لهم محكمة الموضوع باتخاذ
إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فقد أقاموا الدعوى
المائلة .

وحسب أن المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة
١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين
المؤجر والمستأجر تنص على أنه « مع عدم الإخلال بحكم
المادة ٨ من هذا القانون ، لا ينتهى عقد إيجار المسكن
ب وفاة المستأجر أو تركه العين ، إذا بقى فيها زوجته أو
أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى
ال وفاة أو الترك ، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر
نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، بشرط لاستمرار
عقد الإيجار اقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل
سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين ، أو مدة شغله
للمسكن أيتهما أقل .

فيذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو
صناعى أو مهنى أو حرفى فلا ينتهى العقد ب وفاة
المستأجر أو تركه العين ، ويستمر لصالح ورثته وشركائه
فى استعمال العين بحسب الأحوال .

وفى جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق فى الاستمرار فى شغل العين ، ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة دفعت الدعوى المائلة بعدم قبولها بقوله أن النص المطعون عليه تقرر لصلة المؤجرين لا المستأجرين ، ذلك أنه قيد امتداد عقد الإيجار فى حالة وفاة المستأجر أو تركه العين - بقيود تتعلق بالمساكنة ودرجة القرابة ، إذ اشترط - بالنسبة لغير زوجة المستأجر الأصلى وأولاده ووالديه - أن يكون المستفيد من امتداد عقد الإيجار قريباً له حتى الدرجة الثالثة نسباً أو مصاهرة ، وأن يكون مساكناً له فى العين المؤجرة مدة لا تقل عن سنة سابقة على الوفاة أو الترك ، أو مدة شغله للمساكن أيتها أقل ، بما مؤداه أن استمرار عقد الإيجار لهؤلاء ، جاء محاطاً بالقيود التى فرضها المشرع لصالح المدعين ، مما نتج عنه به مصلحة المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الرأية .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية مناهة أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها ، والمطروحة على محكمة الموضوع ، متى كان ذلك ، وكان النزاع الموضوعى يدور حول أحقية المدعين فى استرداد العين المؤجرة بعد أن تركها مستأجرة الأصلى لشقيق زوجته ، وكان هذا الشقيق قد أقام بدوره ضد المدعين دعواه الفرعية لإلزامهم بأن يحرروا لصالحه عقد إيجار جديد وكان إبطال النص المطعون عليه فى مجال تطبيقه بالنسبة إليه ، مؤداه أن تعود العين المؤجرة إلى المدعين باعتبار أن ذلك الشقيق قد صار شاغلاً لها بغير سند ، فإن مصلحة المدعين الشخصية المباشرة فى الدعوى المائلة تكون قائمة ، ويكون الدفع بعدم قبولها على غير أساس حرياً بالرفض .

وحيث أن البين من النص المطعون عليه - فيما قرره من أحكام تتعلق بالأعيان المؤجرة لأغراض السكنى - أنه فيما عدا الزوجة التى يستمر لصالحها عقد إيجار زوجها بعد تخليه عن العين المؤجرة أياً كانت مدة إقامتها مع زوجها فيها ، فإن غيرها من أقرباء هذا المستأجر مصاهرة لا يبقون فى هذه العين بعد تخلى مستأجرها الأصلى عنها - وبوصفهم مستأجرين أصليين لها ألا بشرطين :

أولهما : أن تكون قرباتهم بالمصاهرة لهذا المستأجر حتى درجة معينة ، هى الدرجة الثالثة .

وثانيهما : ألا تكون إقامتهم فى العين التى كان يشغلها عرضية أو عابرة أو مؤقتة ، بل مستقرة لا يتخللها انقطاع غير عارض ، وأن تقتصر بنية الاستيطان فلا يشوبها غرض أو بداخلها خفاء ، توقفاً لالتباس أمرها وانبهاً المقصود منها على المؤجر ، ويجب دوماً أن تستغرق إقامتهم فيها - بأوصافها تلك زمناً محدداً لا تقل عنه ، حتى يمكن الاحتجاج بها على المؤجر ومحابته بها ، إذ يجب وفقاً للنص المطعون فيه ، أن يكون هؤلاء الأقرباء قد أقاموا بها - متخذين منها - وحتى تاريخ التخلّى عنها - سكناً على وجه الاعتماد لمدة تستطيل على الأقل إلى سنة سابقة على تخلّى المستأجر الأصلى عنها ، أو لمدة قاتل المدة التى شغل خلالها هذه العين ، أيتها أقل .

وحيث أن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع المساكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، قد نص فى (المادة ١٨) منه على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد ألا لحد الأسباب الآتية :

(ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك

للمستأجر الأصلي ، أو تركه للتفسير بقصد الاستغناء عنه نهائياً ، وذلك دون إخلال بالحالات التي يجيز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشا أو التنازل عنه ، أو تأجيره من الباطن ، أو تركه لذوى القربى وفقاً لأحكام (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ » .

وحيث أن القاعدة التي أرسنها (المادة ١٨) المشار إليها ، وأن دلت على جواز إخلاء العين المؤجرة للسكنى إذا تخلى المستأجر الأصلي عنها للتفسير ، إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم استثناء من تلك القاعدة ، مؤداه امتناع إخلائها كلما تركها هذا المستأجر لصالح الأقرباء الذين عيبتهم (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأمان وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، وبالشروط التي حددتها .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن نطاق الطعن المائل لا ينحصر فيما قرره (المادة ٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه ، من استمرار عقد إيجار العين المؤجرة لصالح أقرباء المستأجر الأصلي مصاهرة حتى الدرجة الثالثة رغم تخلى هذا المستأجر عنها وإنما يمتد هذا النطاق كذلك إلى الأحكام «ذاتها» التي تبنتها (المادة ١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لصالح هذه الفئة « عينها » .

وحيث أن المدعين ينعمون على النص المطعون فيه - فى النطاق المتقدم - مخالفته لحكم (المادة الثانية) من الدستور التي تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسى للتشريع ، وذلك من عدة وجوه :

أولها : أن الشريعة الإسلامية وأن حثت على صلة الرحم ، ألا أنها لا تعتبر أقارب أحد الزوجين أقرباء للآخر ، ومن ثم يكون اعتداد النص المطعون عليه بقرابة المصاهرة مخالفاً للدستور .

ثانيها : أن إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية منعقد على أن عقد الإيجار ينصب على استئجار منفعة لمدة مؤقتة يحق للمؤجر بانتهاؤها أن يطلب إخلاء العين من مستأجرها ، بما مواده امتناع تأييد هذا العقد .

ثالثها : أن عقد الإيجار ينقلب بالنص المطعون فيه ، من عقد يقوم على التراضى إلى عقد يحمل فيه المؤجر على تأجير العين بعد انتهاء إيجارها ، إلى شخص لم يكن طرفاً فى الإيجارة ، بل يعد غريباً عنها ، ولا يتصور أن يقم عليها .

وحيث أن الدعوى الموضوعية كانت قد أقيمت فى ظل الصل بأحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه ، الصادر بعد تعديل الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ .

حيث أن الدستور - إعلاءً من جهته لدور الملكية الخاصة ، وتوكيداً لإسهامها فى صون الزمن الاجتماعى - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - ولم يجز المساس بها ألا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التي يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة - فى الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها ، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إثباتها ، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها ، معبداً بها الطريق إلى التقدم ، كافلاً للتنمية أهم أدواتها ، محققاً من خلالها إرادة الإقدام ، حاجماً إليها لتوفر ظروفها أفضل حرية الاختيار والتقرير ، مطمئناً فى كنفها إلى يومه وغده مهيمناً عليها ليختص دون غيره بشمارها ومنتجاتها وملحقاتها ، فلا يرده عنها معتد ، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليهتصم بها من دون الآخرين وليلتصم من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها ، وتقيسها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها ، ولم يعد جائزاً بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصباً ، واقتنائاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها .

بعمارة الأرض ، وجعلهم مسئولين عما فى أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً بقول تعالى ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ ، وليس ذلك إلا نهيًا عن الرولوغ بها فى الباطل ، وتكليفًا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها ، وهى مقاصد يتنافى أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تغل بحقوق للغير أولى بالاعتبار .

وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان ، وأن يحصل دون الإضرار إذا كان ثاراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى تمتد إليها ، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش ، فإذا تزامن ضرران ، كان يحمل أهونهما لازماً اتقاء لأعظمهما ، ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام .

وينبى - من ثم - أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر ، ذلك أن الملكية خلافة ، وهى باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التى تعكس بالقيود التى تفرضها على الملكية ، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها ، وهى حدود يجب التزامها ، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفها الدستور لها .

وحيث أن المشرع نظم بالنص المطعون فيه ، العلاقة الإجبارية فى بعض جوانبها كإفلا - بالشروط التى حددها - استمرار أقرىاء المشتاجر الأصلى مصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، فى السكنى بالعين المؤجرة التى كان يشغلها هذا المشتاجر ، ثم تخلى نهائياً عنها بقصد عدم العودة إليها منهاجاً بذلك الإيجارة التى ارتبط بها .

وحيث أن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يفرض الدستور على

وحيث أن من المقرر كذلك أن حق الملكية من الحقوق المالية التى يجوز التعامل فيها وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها ، وتتوزع استخداماتها ، لتشكل نهراً يتدفق بمصادر الثروة الرقمية التى لا يجوز إهدارها أو التفریط فيها أو بعثرتها تديباً لقيمتها ، ولتنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها ، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز ، أو الإضرار بحقوق الآخرين ، ذلك أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزواج بين الفردية وتدخل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً ، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى ، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها .

ومن ثم ساع تحميلها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكماً ، بل تقيسها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التى ينبى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها .

وفى إطار هذه الدائرة ، وتقيداً بتخومها ، يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجع على ضوء الموازنة التى يجريها ، ما يراه من المصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقاً لأحكام الدستور ، مستهدياً فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها ، وبإعانة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

وحيث أن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تبدل فيها ، لا تناقض ما تقدم ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى ، أنشأها ويسطها ، وإليه صعادها ومرجعها ، مستخلفاً فيها عبادة الذين عهد إليهم

من المتصور أن يكون مغبون الأمل - وهو المستأجر - غائبا ، ولا أن يكون تدخل المشرع شططا وقلبا للموازن ترجيحاً لكفته لتكون أكثر ثقلًا ، وليلحل الصراع بين هذين العاقدین بديلاً عن اتصال التعاون بينهما .

ثانيهما : أن النص المطعون فيه ، وأن كان يندرج تحت التشريعات الاستثنائية التي تدخل بها المشرع لمواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى ، ألا أن الطبيعة الاستثنائية لتلك التشريعات - التي لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها - والتي درج المشرع على تنظيم العلاقات الإيجارية من خلالها واعتبر أحكامها من النظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها ، وليضمن سرانها بأثر مباشر على عقود الإجارة القائمة عند العمل بها - ولو كانت مبرمة قبلها - لا تعصها من الخضوع للدستور ، ولا تخرجها من مجال الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها ، بل يجب اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها ، وأن يكون مناط سلامتها هو اتفاقها مع أحكام الدستور ، ويجب بالتالي أن تقدر الضرورة المواجهة لهذا التنظيم الخاص بقدرها ، وأن تدور معها وجوداً وغياباً وتلك القيود التي ترتبط بها وترتد إليها ، باعتبارها مناط مشروعيتها ، وعلة استمرارها .

وحيث أن من المقرر كذلك ، أن حق مستأجر العين في استعمالها مصدره العقد دائماً ولازال هذا الحق - حتى مع قيام هذا التنظيم الخاص وتحديد أبعاده بقوانين استثنائية - حقاً شخصياً يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ - معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ، وليس حقاً عينياً يتحول إلى سلطة مباشرة وعلى العين المؤجرة ذاتها ممارستها مستأجرها دون تدخل من مؤجرها ، ولزام ذلك أن يكون بقاء مستأجر العين فيها مرتبطاً بضرورة شغلها بوصفها مكاناً بأبويه هو

مارستها قيوداً لا يجوز تخفيفها لضمان أن يكون الانتفاع بتلك الحقوق مفيداً وفعالاً ، وكانت الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية في مادته الثانية والفلائين ، مناطها تلك الملكية التي لا تقوم على الاستغلال ، ولا يتعارض استخدامها مع الخير العام لجموع المواطنين ، ولا تنافي مقاصدها الأغراض التي قلمها وظيفتها الاجتماعية ، وكان المشرع - في مجال تنظيم العلاقات الإيجارية - وأن قرر من النصوص القانونية ما ارتأه محققاً للتوازن بين أطرافها ، ألا أن هذا التوازن لا يجوز أن يكون صورياً أو متحلاً أو سراباً ، بل يجب أن يعكس حقيقة قانونية لا عمارة فيها ، ليكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرتها منصفاً لا متحيفاً ، متعمقاً الحقائق الموضوعية ، وليس متعلقاً بأهدافها الشكلية .

ولا يجوز بالتالي أن يعدل المشرع من إطار هذه العلاقات بما يمثل افتتاناً كاملاً على حقوق أحد أطرافها أو انحرفاً عن ضوابط ممارستها ، وإلا آل أمر النصوص التي أقرها إلى البطلان من خلال مباشرة الرقابة القضائية على دستورتها ، ذلك أن القيود التي يفرضها المشرع على حق الملكية لا يجوز أن تكون مدخلاً لإثراء مستأجر العين وإفقار مالكيها ، ولا أن يحصل المستأجر من خلالها على حقوق لا يسوغها مركزه القانوني في مواجهة المؤجر وألا حض تقريرها على الانتهاز ، وكان قرين الاستغلال .

وحيث أن ما تقدم يؤيد أمران :

أولهما : أن الأصل هو أن يتحقق التضامن بين المؤجر والمستأجر من الوجهة الاجتماعية وأن تتوافق مصالحهما ولا تتنافر من الوجهة الاقتصادية والا كان كل منهما حرباً على الآخر يهتبل الفرص لكل حقه بالباطل ، ولا يجوز بالتالي أن يميل ميزان التوازن بينهما لتكون الحقوق المقررة لأحدهما إجحافاً وإغنائاً وقهراً ، وليس

مختاراً - ونهائياً - الحقوق التي تحصل باستعمالها واستغلالها ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر .

وحيث أن ما تقدم يبدو جلياً بوجه خاص من خلال أمرين :

أولهما : أن الأقرباء بالمصاهرة الذين تؤول إليهم منفعة العين المؤجرة وفقاً للنص المطعون فيه ، يتحايلون عادة مع مستأجرها الأصلي مترصين بالمؤجر ختلاً ، ومتخذين انتهازاً من إقامتهم فيها للمدة التي تطلبها الشرع ، موطناً لإبقائها تحت سيطرتهم لا ينتزعها منهم أحد ، بل تتصل أيديهم بها تعاقباً عليها ، ليكون بعضهم لبعض ظهيراً ، فلا ينفكون عنها أو يبرحونها ، ومن ثم يكون الاصطناع طريقهم للتسلط عليها والافتراء بها من دون مؤجرها .

ثانيهما : أن الأقرباء الذين عينهم النص المطعون فيه ، ينقلون بعد تخلي المتعاقد على الإيجارة عنها إلى مستأجرين أصليين للعين التي كان يشغلها ، فإذا هجرها هؤلاء بعذذ يقصد تركها وعدم العودة إليها ، كان لم شاركهم سكنها - بالشروط التي بينها النص المطعون فيه - أن يطلبوا تحرير عقد إيجار بأسانهم - ووصفهم كذلك مستأجرين أصليين لها - ليطرد اتصال أجيالهم بها لا يفارقونها ، ولو بعد العهد على العقد الأول ، فلا ترد لصاحبها أبداً - ولو كان في أمس الاحتياج إليها - ما ظل زمامها بيد من يتداولونها لا يتحولون عنها .

وليس ذلك إلا تعظيماً لحقوقهم يكاد أن يلحقها بالحقوق الغنيمة التي يباشر صاحبها بموجبها ووفقاً للقانون - سلطة مباشرة على شيء معين ليستخلص منه فوائده دون وساطة من أحد وهو ما يناقض خصائص الإيجارة باعتبار أن طرفيها في اتصال دائم طوال مدتها مما اقتضى ضبطها تحديداً لحقوقها وواجباتها ، وهي

وأمرته ، فإذا تخلى عنها تاركاً لها ، وأنصح بذلك عن قصد إنهاء الإيجارة التي كان طرفاً فيها ، زايسته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع عليه لحمايته ، ولم يعد لغيره إحياء حق أصبح مقضياً ، ذلك أن العدم لا يولد نبتاً .

يؤيد ذلك أن تخلي مستأجر العين الأصلي عنها ، يعنى هجرها نهائياً ، وكان ينبغي بالتالي أن يكون هذا التخلي مبرراً لقيام حق المؤجر في طلب إخلائها بعد انقطاع اتصال هذا المستأجر بها ، ولأن القسوة الاستثنائية التي نظم بها المشرع العلائق الإيجارية إبان أزمة الإسكان ، غايتها الحد من تصاعدها وغلواء تفاقمها ، وهي بعد ضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز أن تجاوز دواعيها .

ألا أن المشرع آثر بالنص المطعون فيه أن يمنع - بالشروط التي حددها - مزية استثنائية يقتحم بأعباءها حق الملكية ، انتهاكاً لمجالاتها الحيوية التي لا يجوز أن يمسها المشرع إخلالاً بها ، ذلك أن منفعة العين المؤجرة تنتقل بموجبه من مستأجرها الأصلي إلى غيره من أقربائه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة ، ليحل هؤلاء محل المستأجر الأصلي في العين التي كان يشغلها - لا بناءً على تعاقد تم بينهما مثلاً هو الأمر في شأن التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجارة - بل بقوة القانون .

وهي بعد مزية يتعذر أن يكون المتعاقدان الأصليان قد قصدا إلى تقريرها ابتداءً أو انهما عبرا - صراحة أو ضمناً - عن تراضيهما عليها ، ذلك أن إرادتهما - حقيقية كانت أم مفترضة - لا يمكن أن تحمل على اتجاهها أو انصرافها إلى إقحام اشخاص على العلاقة الإيجارية هم غرباء عنها ، ومعاملتهم كأصلاء فيها وإن كانوا دخلاء عليها ، وليس من المتصور أن يكون مؤجر العين - وهو يملكها في الأم من الأحوال - قد عطل

المادة (٧) من الدستور ، والتي تؤكد الجماعة من خلالها القيم التي تؤمن بها ، وترعى استقرارها ، وهي حدودها ما كان يجوز أن يتخطاها المشرع ، وإلا كان منافياً المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها لاسيما وأن النص المطعون فيه - بالصيغة التي أفرغ فيها - يفتح للتحويل على القانون أبواباً ينفذ الانتهاز منها دون عائق ، ويتحقق ذلك كلما دعا مستأجر العين الأصلية - وقد أضمر نية التخلي عنها - من يطمئن إليه أو يؤثره من أقربائه الذين عينهم النص المطعون فيه - وبالشروط التي حددها - لسكنائها مدة محدودة قد لا تربو على المدة التي ظل خلالها شاغلاً لها مهما بلغ قصرها ، ليكتمل بقواتها حق هؤلاء الأقرباء في الاستقلال بها مع إقصاء المؤجر دوماً عنها ، وهو ما يخل بالحدود التي ينبغي أن يتم تنظيم الملكية في نطاقها ، ويصم النص المطعون فيه بإهدار أحكام المواد (٢ ، ٧ ، ٣٢ ، ٣٤) من الدستور .

وحيث أن الحكم بعدم دستورية النص المطعون عليه - في المجلد السالف بيبانها - يعنى سقوط الأحكام التي أحالت إليه ، وتضمنتها المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن - عند ترك المستأجر الأصلي له - لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغلها لها أيتها أقل ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

فوق هذا تقع على منفعة الشيء المؤجر لا على ملكيته ولا ترتب للمستأجر غير الحقوق الشخصية يباشرها قبل المدين .

وحيث أن النص المطعون فيه ينحدر كذلك بحقوق المؤجر إلى مرتبة الحقوق محدودة الأهمية ، مرجعاً عليها مصالح لا تدانيها ولا تقوم إلى جانبها أو تتكافأ معها ، ومآل حمايتها حرمان مؤجر العين منها حرماناً مؤبداً ترتبياً على انتقال منفعتها إلى الغير انتقالاً متتابعاً متصلاً تمتد في أغوار الزمن ، وهو بعد انتقال يعتد بإعادة المؤجر في معدتها الحقيقي ، بل يقوم في صوره الأكثر شيوعاً على التحايل على القانون ، والتدليس على المؤجر ، وهو ما يعد التواء بالإجارة عن حقيقة مقاصده ، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها ، وإحكاماً لغيرها عليها انحرافاً عن الحق ، ونكولاً عن الصالح العام .

وحيث أن ما تقدم مؤداه أن النص المطعون فيه ينحل إلى عدوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها ، وهو بذلك لا يندرج تحت تنظيمها ، بل يقوم على إهدار كامل للحق في استعمالها واستغلالها ، ملحقاً بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش ، فقد أنشأ هذا النص حقوقاً مبتدأة - بعيدة في مداها - منحها لفئة بذاتها من أقرباء المستأجر الأصلي ، اختصها دون مسوغ واصطفها في غير ضرورة ، بتلك المعاملة التفضيلية التي تقدم المنفعة المجلوبة على مخاطر المفاصد ودرء عواقبها ، حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشروعها ، ولأن الأصل حين تتزاحم الأضرار على محل واحد ، أن يكون تحمل أخفها لازماً دفعاً لأفدحها .

وكان ينبغي - من ثم - أن يترسم النص المطعون فيه تلك الضوابط التي تتوازن من خلالها الصلات الإيجابية بما يكون كافلاً لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها ، ليقيمها على قاعدة التضامن الاجتماعي التي أرسنها

(٩)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

بإشارة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين

وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن

نصير وسامي فرج يوسف والدكتور / عبد

المجيد فياض وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفي على جبال

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدي أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا

برقم ١٩ لسنة ١٤ قضاية « دستورية » .

المقاسة من :

السيد / فريق متقاعد سعد محمد الحسيني الشاذلي

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية

٢ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٣ - السيد / وزير الدفاع

٤ - السيد / رئيس مجلس الشعب

٥ - السيد / رئيس مجلس الشورى

الإجراءات

بتاريخ الثامن عشر من يونيو سنة ١٩٩٢ أودع المدعي قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالباً الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ فيما تضمنه من « إسقاط اسمه من تاج قمة جميع مرؤوسيه أبطال حرب أكتوبر المكرمين فيه وما تضمنه من حرمانه من جميع حقوقهم وكل مميزاتهم المقررة لهم فيه » .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها أصلياً عدم قبول الدعوى ، واحتياطياً رفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعي كان قد أقام أمام محكمة جنوب القاهرة دعواه الموضوعية رقم ١٢٨٣ لسنة ١٩٨٣ مختصاً فيها المدعي عليهما الأول والثالث في الدعوى الراهنة ، طالباً الحكم عليهما متضامنين بتقرير « حقوقه الناشئة عن انتهاء خدمته وإلزامهما بأداء « هذه الحقوق إليه » وقال شرحاً لتلك الدعوى أنه عين في ١٦ مايو سنة ١٩٧١ رئيساً لهيئة أركان حرب القوات المسلحة ، وقامت الهيئة برئاسة بالتخطيط والإعداد لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ ، وورقى إلى رتبة الفريق في ٥ يناير سنة ١٩٧٢ ، ونال في ١٩

نجمة الشرف بعد انتهاء العمليات الحربية تقديرًا لامتيازها في مجالها تخطيطاً وإعداداً وتنفيذاً ، وبذلك يكون ذلك القرار بقانون قد البس الحق - وهو اسم الله تعالى - بالباطل ، إذ حرم من قاتل ومهدد ودبر وأعد عدة القتال متقدماً على غيره ، من الحقوق التي كفلها لسواه من هم أقل منه عملاً ، وأخل بذلك مبدأ المساواة أمام القانون ، ويتكافؤ الفرص بينه وبين جميع مرؤوسيه الذين شملهم التكريم ، وإن كان هو الأقبح منهم وليس من الإسلام في شيء ، ولا من العدل ، ولا من الشريعة الإسلامية في مبادئها العظيمة ، ولا من الأخلاق أو الوطنية ، ولا من حق العمل ، ولا من الطابع الأصلي للأسرة المصرية ، ولا من قيمها وتقاليدها وآدابها وتراثها ، أن تسقط السلطان التشريعية والتنفيذية تقديرهما للعدوى ، وأن تتخافلاً عن امتيازها في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها وتنفيذها .

وحيث أن المحكمة الدستورية العليا - وقبل تعرضها للمطاعن المشار في الدعوى الدستورية الماثلة - يعنيتها أن تؤكد أن قادة وجنود هذا النصر العظيم في أكتوبر - ويوجه خاص من أداروا حربها إعداداً وتطويراً ، إقداماً وإلتحاماً ، بذلاً وفداءً ، وعزماً وتصميماً ، جرأة وإقتداراً ، اندفاعاً واقتحاماً ، عزة وفماً ، تضالاً بالدماء وإرواءاً بالعرق والدموع لا يهنون ولا يتخاذلون ولا يمارون ، شرعيتهم الحق مؤثلاً ، وعقيدتهم النضال إصراراً جميعهم من هذه الأمة العظيمة في أعماق قلبها ، أعادوا إليها إشراقها وضياء وجهها فرفعوا بإيمانهم هامتها وما تفرقوا وأقاموا لبأسها دعائم من قوة اللينان ، أحاطوا بنيتهم أمتهم مصر ، الرائدة أبداً ، الباقية خلداً ، ما زاع بصرهم عنها وما تسولى ، فكانوا معها وبها ، إرادة لا تلين ولا تقهر ، تقتلع من الحياة أعداها وترد إليها ينابيعها لتظل للحرية آفاقها لتعلو راياتها فوق كل الجباه .

فبراير سنة ١٩٧٤ - وإبان عمله سفيراً لمصر في المملكة المتحدة - وسام نجمة الشرف اعتباراً من يوم السادس من أكتوبر سنة ١٩٧٣ تقديرًا لما قام به من إعداد وتخطيط للعمليات الحربية ، واستمر يعمل سفيراً بوزارة الخارجية إلى أن أعفى من منصبه ، بتاريخ ٢٥ يونيو سنة ١٩٧٨ ، قامت وزارة الدفاع بتسوية معاشه اعتباراً من هذا التاريخ دون أن تخطره بيانات حقوقه التأمينية ، وقامت بتحويل دفعات مالية إلى حسابه بالبنك الأهلي المصري بمصر الجديدة ، ثم أوقفت تحويلاتها اعتباراً من الثامن من يونيو سنة ١٩٨١ لصعود قرار من المدعي العام الاشتراكي بالتحفظ على أمواله ، رغم أن أمواله التي حكم قضاء القيم بفرض الحراسة عليها لم تتضمن المعاش المستحق له ، وأضاف قائلاً أنه ، إذ يستحق - فضلاً عن المعاش - كامل ماهيات ومزجيات ومخصصات رئيس هيئة أركان حرب القوات المسلحة لدى عيانيته واعتباراً من تاريخ انتهاء خدمته في ٢٥ يونيو سنة ١٩٧٨ تنفيذاً للقرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي صدر تكريراً لقادة حرب أكتوبر ، فإنه يقيم دعواه الموضوعية بالطلبات المشار إليها آنفاً ، وأثناء نظر النزاع الموضوعي ، دفع بعدم دستورية القرار بقانون المشار إليه ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جديده دفعه ، وصرحت له بالطعن بعدم الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المدعي يتبعى على القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن تكريم كبار قادة القوات المسلحة خلال حرب أكتوبر ، والاستفادة من الخيبرات النادرة للأحياء منهم ، مخالفته لنصوص المواد ٢ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ١٣ ، ٤٠ من الدستور ، وذلك فيما تضمنته هذا القرار بقانون من إسقاط اسمه من قائمة مرؤوسيه قادة حرب أكتوبر الذين تم تكريمهم ، رغم حصوله على وسام

المصلحة ، ليظل الباب مفتوحاً أمام غيرهم ممن يستحقون الترقى إلى وظائف القيادة بذات القدرة والكفاءة التي توفرت لمن سبقهم من قادة حرب أكتوبر الباقية في ذاكرة التاريخ أبداً .

وحيث أن ما تقدم يعنى ، أن عدداً غير قليل ممن خططوا لحرب أكتوبر وأداروها وكانوا من كبار قادتها - كقواد الجيوش وقواد الفرق - لم يشملهم القرار بقانون المطعون منه ، وإنما اقتصر التكريم على عدد محدود من بينهم ، « رمزاً لجموعهم » ، ليعهد إليهم دون غيرهم بالمهام التي حددتها المادة الثانية من القرار بقانون المشار إليه ، وهى مهام مدارها مشورة يقدمونها - عند طلبها - فى مجال الشئون العسكرية الهامة التي تفرسوا فيها ، وكانوا من خبرائها ولا يعتبر قصرها عليهم ملقياً بظلال من الريبة على من عداهم أو نافياً لأهليتهم ، أو إنكاراً لجدارتهم أو تقيزهم .

وحيث أن إدراج اسم المدعى بين هؤلاء الذين شملتهم المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه أو على رأسهم ، لا يستقيم إلا من أحد مدخلين أو وفقاً لأحد معيارين :

أولهما : أن يكون هذا القرار بقانون - مجدداً نطاقاً على ضوء الأغراض التي سعى إلى تحقيقها - منصرفاً إلى عدد محدود من القادة تنتظمهم جسيماً دائرة واحدة تكون أقدمية الرتبة العسكرية إطاراً لها وعندئذ يكون الأقدم هو الأحق بالتقدير ، ولو لم يكن هو الأجدر بما أداه من جلائل الأعمال إبان تلك الحرب .

ثانيهما : أن يكون هذا القرار بقانون مسجلاً لكل القادة الذين كان دورهم فى العمليات الحربية ظاهراً ، بأن كان بلاؤهم فى التخطيط لها أو إعدادها أو تنفيذها مشهوداً ، وعندئذ يكون الأجدر هو الأحق بالتقدير ، ولو لم يكن هو الأقدم .

وحيث أن المصير الأول لا تظاهره أحكام القرار بقانون المطعون منه ، وذلك من جهتين :

وحيث أن إدراج اسم المدعى بين المشمولين بالتكريم أو تصدره لهم ، وحصوله بالتالى على الحقوق المالية التي فصلها القرار بقانون المطعون فيه - وهى محل دعواه الموضوعية - يفترض أن يظل هذا القرار بقانون قائماً فيما نص عليه بشأنها ، وكان ما قرره وكيل المدعى من أن مصلحة المدعى كما تتحقق على النحو المتقدم ، فإنها تتوافر كذلك إذا ما أبطلت المحكمة الدستورية العليا هذا القرار بقانون حتى لا يفيد من النصوص القانونية التي اشتمل عليها ، من كانوا دونه رتبة وجههداً ، مردود بأن ذلك منه يهدم دعواه الموضوعية من أساسها ولا يقيم بنيانها ، ذلك أن الحكم بعدم دستورية هذا القرار بقانون فى مجمل أحكامه ، يعنى تجريدها من قوة نفاذها ، وزوال الآثار القانونية التي رتبها ، لتؤول عدماً فلا تولد حقاً لأحد ، ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعى ولا لغيره ، ولتفقد الحقوق المالية - محل دعواه الموضوعية - دعمايتها بل أن اتصال دعواه الموضوعية بالنصوص المطعون عليها ، شرط لقبول دعواه الدستورية على ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن المصلحة الشخصية المباشرة فى تلك الدعوى مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة فى النزاع الموضوعي ، وذلك بأن يكون الحكم فى المطاعن الدستورية مؤثراً فى موضوع النزاع المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع .

وحيث أن البين من أحكام القرار بقانون المطعون فيه ، وكذلك ما جاء بصده بتقرير لجنة الأمن القومي والتي تعرض لهما المحكمة الدستورية العليا بالقدر اللازم للفصل فى اختصاصها - أن ما تورخه هذا القرار بقانون ، هو أن يكون التكريم مقصوراً على عدد محدود من قادة حرب أكتوبر ، يتولون بنص مادته الثانية تقديم المشورة فى الشئون العسكرية ذات الأهمية الخاصة التي يطلب منهم إبداء الرأى فيها ، وذلك طوال حياتهم ، ودون أن يكون تكليفهم بذلك مؤدياً إلى شغلهم لوظائف محددة داخل الهيكل التنظيمى للقوات

أولهما : أن ما توخاه هذا القرار بقانون حقاً وقصد إليه عملاً ، هو أن يكون تعظيم عدد من قادة تلك الحرب ، رمزاً لتقدير كل من قام بدور رائد فيها بما مؤداه أن انحصار التكريم في عدد محدود من بينهم ، لا يعنى أن من عداهم كانوا أقل شأناً أو جهداً .

ثانيهما : أن كل تكريم يفترض تقييماً موضوعياً بدور حول أعمال بذاتها يكون هو محورها ويتعين بالتالى أن يكون الأساس فيه مقاييس واقعية قوامها ما أداه نفر من القادة من أعمال تشهد بتميزهم وتؤكد تفوقهم من دون الآخرين ، وهو ما يقتضى وأن أعمالهم وترتيبهم فيما بينهم على ضوءها ، ولا يتصور - من ثم - أن يكون مناهج التقدير عائدة إلى أقدمية الدرجة الوظيفية منظوراً إليها استقلالاً عن أية عوامل تتداخل معها أو تقترب بها ، إذ لا شأن لأقدميتهم تلك بإقدامهم أو تضحياتهم ، وهو ما أكدته تقرير لجنة الأمن القومى والتعبئة القومية حين أبان عن أن من شملهم التقدير كانوا عوناً لمصر في تحقيق نصرها العظيم من خلال مبادأتهم وقدرتهم على إدارة العمليات الحربية الحديثة واتخاذ قراراتها السليمة بكفاءة نادرة مع تحملهم لكامل مسؤولياتها وفقاً لتطوراتها ، ولم يكن معيار التقييم بالتالى شكلياً أو جامداً .

ثانيهما : أن كل تكريم يفترض تقييماً موضوعياً بدور حول أعمال بذاتها يكون هو محورها ويتعين بالتالى أن يكون الأساس فيه مقاييس واقعية قوامها ما أداه نفر من القادة من أعمال تشهد بتميزهم وتؤكد تفوقهم من دون الآخرين ، وهو ما يقتضى وأن أعمالهم وترتيبهم فيما بينهم على ضوءها ، ولا يتصور - من ثم - أن يكون مناهج التقدير عائدة إلى أقدمية الدرجة الوظيفية منظوراً إليها استقلالاً عن أية عوامل تتداخل معها أو تقترب بها ، إذ لا شأن لأقدميتهم تلك بإقدامهم أو تضحياتهم ، وهو ما أكدته تقرير لجنة الأمن القومى والتعبئة القومية حين أبان عن أن من شملهم التقدير كانوا عوناً لمصر في تحقيق نصرها العظيم من خلال مبادأتهم وقدرتهم على إدارة العمليات الحربية الحديثة واتخاذ قراراتها السليمة بكفاءة نادرة مع تحملهم لكامل مسؤولياتها وفقاً لتطوراتها ، ولم يكن معيار التقييم بالتالى شكلياً أو جامداً .

وحيث أن موضوعية التقييم هي وحدها التي يمكن أن يتحقق بها التكافؤ بين المراكز القانونية المتماثلة ، وهي وحدها التي يتصور أن يكفل المشرع من خلالها نوعاً من المساواة القانونية بين المتماثلين جهداً وعرقاً غير أن أعمال المحكمة الدستورية العليا للمقاييس الموضوعية التي يتحدد وفقاً لضوابطها من يكون أهلاً للتقدير - ومن ثم الحصول على الحقوق المالية التي نص عليها القرار بقانون المطعون عليه - يفترض أمرين :

أولهما : أن يتناول التقييم كل الأعمال التي كان لها شأن هام في العمليات الحربية سواء في مجال الإعداد لها أو إدارتها أو تنفيذها ، وهو ما يخرج عن المجال الطبيعي لذلك القرار بقانون إذ توخى ألا يكون التقييم

وحيث أن موضوعية التقييم هي وحدها التي يمكن أن يتحقق بها التكافؤ بين المراكز القانونية المتماثلة ، وهي وحدها التي يتصور أن يكفل المشرع من خلالها نوعاً من المساواة القانونية بين المتماثلين جهداً وعرقاً غير أن أعمال المحكمة الدستورية العليا للمقاييس الموضوعية التي يتحدد وفقاً لضوابطها من يكون أهلاً للتقدير - ومن ثم الحصول على الحقوق المالية التي نص عليها القرار بقانون المطعون عليه - يفترض أمرين :

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى .

(١٠)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المتعقدة في يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحمن غنيم وعبد الرحمن
نصير وسامى فرج يوسف ومحمد على
سيف الدين وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقاسة من :

السيد / رئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة
للبنترول

السيد / رئيس مجلس إدارة الشركة العامة للبنترول

السيد / رئيس مجلس إدارة شركة بنترول خليج السويس
« جابكو » .

السيد / رئيس مجلس إدارة شركة بنترول بلاعيم
« بنترول » .

ضد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٢ - السيد / نقيب نقابة المهن العلمية

الإجراءات

بتاريخ ٣ مايو سنة ١٩٩٣ ، أودع المدعون صحيفة
هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالبين الحكم بعدم
دستورية الفقرة (د) من البند الرابع من المادة (٧٩) من
القانون رقم ٨٠ لسنة لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن
العلمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ .

قدمت كل من هيئة قضايا الدولة ونقابة المهن
العلمية مذكرة ب دفاعها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسته اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما بين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أن نقابة المهن العلمية ،
كانت قد أقامت الدعوى رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٨٨
أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد عدد من
الشركات المنتجة لكيساويات صناعة البنترول ، لإلزامها
بأن تؤدى إليها قيمة مدقة نقابة المهن العلمية المستحقة
عليها ، وما يستجد من مبالغها وقدرها قرش صاغ
واحد عن كل برميل من البنترول الخام ، وذلك ابتداء
على أنها دين تقرر فى ذمتها بمقتضى حكم الفقرة (د)
من البند الرابع من المادة (٧٩) من القانون رقم ٨٠
لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية المعدل بالقانون
رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ - وقد أدخلت نقابة المهن
العلمية ، الهيئة المصرية العامة للبنترول خصماً فى
دعواها الموضوعية لتسمع الحكم بالطلبات الأنف ببيانها
، وبجلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٩١ دفعت الهيئة المصرية
العامة للبنترول بعدم دستورية تلك الفقرة . وإذ قدرت
محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد صرحت للهيئة
برفع الدعوى الدستورية ، فأقامها .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول
الدعوى الماثلة بمقولة أن النص المطعون فيه واضح فى أن
التصفة التى فرضها لصالح نقابة المهن العلمية عن إنتاج
كل برميل بنترول من المواد الخام ، تعتبر جزءاً من
عناصر التكلفة ، ولن تتحمل بالتالى الشركات التى
تعمل فى هذا الحقل بمبالغها ، ذلك أن عيشها ينقل عادة
إلى من يستهلكون البنترول الخام أو يقومون بشرائه ،
ومن ثم يقتصر دور هذه الشركات على مجرد
تحصيلها ، هذا بالإضافة إلى أن البنترول المنتج ليس

هذه التصور ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية ، أو هي بالأحرى محلها ، وهي لا تبلغ غايتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها يحوز تلك الحجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتمدد مناحي نشاطها ، وكذلك بالنسبة إلى الأغيار جميعهم . ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفا في الخصومة الدستورية ، سواء باعتباره خصماً أصيلاً أو منضماً ، بل يكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور .

ومردود ثالثاً : بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة

يتفياً أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية ، وليس من معطياتها النظرية ، أو تصوراتها المجردة ، وهو كذلك بقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية ، ويرسم تخوم ولايتها ، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي ، وبالقدر اللازم للفصل فيها . ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم ، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهددهم أم كان قد وقع فعلاً . ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور ، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته . عانداً في مصدره إلى النص المطعون عليه . فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه ، أو كان قد أقام من مزايه ، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه ، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة . ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها ، لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد

علوكاً لها ولا للهيئة المصرية العامة للبتروول ، بل عانداً أصلاً إلى الدولة ، وقد أزم قانون نقابة المهن العلمية الخزانة العامة إذا قل ثمن بيع المنتجات البترولية عن تكلفتها ، بالفرق بينها ، بما سؤده أن تطبق النص المطعون فيه لن يضر بمصالح المدعين وليس له من أثر يس حقوقهم ، ولا يقبل كذلك من الهيئة المصرية العامة للبتروول - وهي فرع من فروع الدولة - الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ، ذلك أن الحكومة تعد من ذوى الشأن في الدعاوى الدستورية جميعها عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وحيث أن هذا الدفع بوجهيه :-

مردود أولاً : بأن نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا من أن الحكومة تعتبر طرفاً ذا شأن في الدعاوى الدستورية ، قد تروى إعلانها بصحائفها ، ومن ثم إعلانها بالنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور لتحديد مرقفها من المطاعن المنسوبة إليها ، ولا يعنى ذلك على الإطلاق أن تؤيد الحكومة دوماً دستورية تلك النصوص لتجهض المطاعن الموجهة إليها حتى ما كان منها صحيحاً ، إذ لو جاز ذلك - وهو غير صحيح - لكان التزامها بالتقيد بالشرعية الدستورية لغواً ، ونزولها على ضوابطها تحرصاً ، وإرساؤها لركائزها وهما ، وإدعاؤها الحرص على إنفاذها زيفاً ، ونهجهما في جال صونها بدداً ، وسعيها لتثبيتها منفصلاً عن حقائقها الموضوعية ، منصرفاً إلى أهلبها الشكلية ، فلا تقيم لسيادة الدستور وزناً .

ومردود ثانياً : بأن الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها ، ذلك أن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور ، بالقواعد التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لإلزامها بالتقيد بها في ممارستها لاختصاصاتهما الدستورية . ومن ثم تكون

الموضوعية لطلبها ، فإن مصلحة المدعين فى الدعوى الدستورية تكون متوافرة ، ولا ينال منها قالة أن الضريبة المطعون عليها يعتبر مبلغها - ويصريح قانون إنشائها - جزءاً من عناصر تكلفة البترول الخام ، وأن ملتزم بالضريبة لن يتحمل بالتالى بعينها ، ذلك أن كل زيادة فى تكلفة الإنتاج بقدر قيسة الضريبة التى أضافها المشرع إليها ، تؤثر بالضرورة فى فرص تسويق ذلك البترول التى تتحكم فيها قوانين عرض هذه السلعة فى الأسواق الدولية وطلبها .

وحيث إنه فضلاً عما تقدم ، فإن البين من الأوراق أن نقابة المهن العلمية هى التى أدخلت الهيئة المصرية العامة للبترول خصصاً فى دعواها الموضوعية رقم ١٢٦١٤ لسنة ١٩٨٨ مدنى جنوب القاهرة ليحكم عليها - بالتضامن مع شركة السويس للزيت - بدفع قيمة دفعة النقابة التى تقوم بوقوعها فى ذمتها المالية ومقدارها ١٥٦٨٦١ جنيهاً .

وإذا كان من المقرر أن للدائن - وكلما تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم بناه على اتفاق أو نص فى القانون - الرجوع ابتداءً على أيهم فلا يكون للدائن مدين واحد بل أكثر من مدين ، يلزم كلا منهم نحوه بكامل الدين ، ذلك أن التضامن بين المدينين وإن دل على تعسده روابطهم مع الدائن ، إلا أن الالتزام يظل موحد المحل ، ولكل مدين بالتالى الوفاء بكل الدين للدائن ، ويعتبر هذا الوفاء مبرئاً للذة المدينين الآخرين قبيل دأنتهم ، متى كان ذلك ، وكان الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه ، مؤداه سقوط التزام المدينين المتضامنين جميعهم بالدين المدعى به قبلهم ، وامتناع الرجوع على أحدهم بمقداره ، فإن قالة انتفاء مصلحة الهيئة المصرية العامة للبترول فى الطعن المائل لا يكون لها من سند .

وحيث أن انضمام بعض الشركات المنتجة للبترول إلى الهيئة المصرية العامة للبترول فى دفعها بعدم

الفصل فى الدعوى الدستورية ، عما كان عليه قبلها . ولا يتصور بالتالى أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم فى الشئون التى تعنيهم بوجه عام ، أو أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها ، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها . بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التى كثيراً ما تؤثر فى حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم - بما يكفل فعاليتها . وشرط ذلك اعمالها عن بصير وبصيرة ، فلا تقبل عليها إنذاعاً ، ولا تعرض عنها تراخياً ، ولا تقتصر بممارستها حدوداً تقع فى دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية . بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً ، وأن تدور وجوداً وعدمياً مع تلك الأضرار التى تستقبل بعناصرها ، ويكون ممكناً إدراكها ، لتكون لها ذاتيتها ، ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متروكاً أو متحلاً أو مجرداً in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural ولازم ذلك ، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه ، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه ، لا ليؤمن بدعواه الدستورية - وكأصل عام - حقوق الآخرين ومصالحهم ، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التى تعود فائدة صونها عليه in Concreto والتزاماً بهذا الإطار ، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية ، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى الطاعن الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى . متى كان ذلك ، وكان الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه ، معنى امتناع تحصيل الضريبة التى فرضها وانهدام الأساس الذى تقيم عليه نقابة المهن العلمية دعواها

فيه ، إذ فرض الضريبة المطعون عليها بمناسبة تنظيم نقابة بذاتها هي نقابة المهن العلمية واحتص أعضاها بالإقادة من عائدها لرعاية مصالحهم ، وهو بذلك يفرض تكليفاً مالياً نحو غير المخاطبين بقانون نقابة المهن العلمية ، ويوجهه كله لصالح أعضائها ، والتجاء المشرع إلى فرض الضريبة بطريقة عرضية من خلال قانون غير ضرائبي ينظم مهنة أو نقابة معينة ، هو الذي يثير شكاً في دستوريته لخروجه على مقتضى نص المادة (١١٩) من الدستور .

وحيث أن الهيئة المصرية العامة للبترول قدمت خلال فترة حجز الدعوى للحكم - مذكرة أوضحت فيها أن الفرائض المالية جميعها - ومن بينها ضريبة الدمغة المتنازع على استحقاقها - لا بد أن يتم تقريرها في إطار الضوابط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور ، وعلى رأسها احترام الملكية الخاصة ، ومبدأ المساواة أمام القانون ، ذلك أن استحقاق العلميين لتلك الضريبة لا يقترن بعمل من جانبهم ، ولا يقابلها تحقيق النقابة لأهدافها ، واعتبار العدالة الاجتماعية - وهي قوام النظام الضريبي - متخلف فيها وأفراد نقابة العلميين بتلك الضريبة - التي لا يصحها عموم تطبيقها - لا يبدو أن يكون تمييزاً جائزاً بينها وبين غيرهم ممن يسهمون بجهودهم في إنتاج البترول ، ذلك أن التمييز لا يعتبر تصنيفاً جائزاً إلا بشرط معين ، هو أن توجد علاقة مفهومة بين أساس التمييز والنتائج التي رتبها المشرع عليه ، ولئن صح القول بأن حكم القانون لا يجوز أن يكون تحكيمياً لأهواء الرجال لا يأمن الناس فيه على حقوقهم وأموالهم وحررياتهم وأعراضهم ، فإن من الصحيح كذلك أن ضريبة الدمغة التي فرضها النص المطعون فيه ، تؤخذ من الشركات المنتجة للبترول - التي لا يجوز تكليفها بدفعها - كي تختص بها نقابة المهن العلمية التي لا تستحقها دستورياً ، وهو ما يعلم أساس فرضها .

الدستورية ، ويقاها طلبها التدخل انضماماً إليها مطروحاً على محكمة الموضوع دون أن تقضى برفضه ، يعني قبولها ضمناً لتدخلها ، ولا سيما وأن التدخلين انضماماً يدافعون عن عين المصالح التي تسعى الهيئة المصرية العامة للبترول لتأمينها وحمايتها .

وحيث أن المدعين ينصرون على النص التشريعي المطعون فيه ، مخالفته للمواد (٨ ، ٢٥ ، ٣٨ ، ٤٠ ، ٥٦ ، ١١٩) من الدستور ، قولاً بأن الدستور حرص في بيان المقومات الأساسية للمجتمع على أن ينص في المادة الشاملة منه على أن تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ، ونص كذلك في المادة (٢٥) على أن لكل مواطن نصيباً في الناتج القومي يحدده القانون بمراعاة عمله وملكيته غير المستغلة ، وقد انزلق النص المطعون فيه إلى مخالفة الدستور ، بأن منع نقابة المهن العلمية دون غيرها ، نصيباً من هذا الناتج مقطوع الصلة بعملها أو ملكيتها . هذا فضلاً عن أن الأصل في النظام الضريبي وفقاً لنص المادة (٣٨) من الدستور هو أن يقوم على العدالة الاجتماعية ، وقد اختل في النص المطعون فيه اعتبار « العدالة » حين أفرد نقابة المهن العلمية بميزة مالية حرم منها مثيلاتها بغير مبرر مفهوم وناقض بذلك - ومن جهة ثانية - مبدأ المساواة أمام القانون وهو مبدأ يفترض وجود علاقة منطقية بين أساس التمييز ، والنتيجة التي رتبها المشرع عليه ، وليس ثمة دليل على وجود هذه العلاقة في النص المطعون فيه ، ذلك أن العلميين لا يسهمون وحدهم في عمليات إنتاج البترول ، بل لعل إسهامهم - في ضوء تحديد قانون نقابة المهن العلمية لأهدافها - أن يكون أقل بكثير من غيرهم ممن حرمهم النص المطعون فيه من هذه الميزة التي احتص بها أعضاء نقابة المهن العلمية . كذلك فإن الأصل في الضريبة أن يكون تشريعها متروخياً أساساً فرضها لضمان التقيد بالعوامل التي تحكم السياسة الضريبية ، ولا كذلك النص المطعون

العلمية - وهى النص المطعون فيه - تقضى بأن تشمل إيرادات النقابة ما يلى :

بند (٤) ما تحصله النقابة من فئات دمغات المهن العلمية التى تحملها الشركات المنتجة للكيمياويات الصناعية وتعتبر جزءاً من عناصر التكلفة ، وذلك على النحو الآتى :

(أ) (ب)

(ج) (د)

برميل من البترول الخام وأى من المنتجات البترولية المصنعة (١) قرش .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن من بين موارد النقابة ما تحصله من طوابع الدمغة ، وأن بعض فئاتها لم تعد تتلام مع الأوضاع المالية للنقابة بالنظر إلى ضآلتها ، وأن التطبيق العملى لحكم الفقرة الرابعة من المادة (٧٩) من قانونها ، قد أسفر عن صعوبات متعددة فى مجال تحصيل تلك الضريبة ، ومن ثم رأى أن يكون فرضها مقصوراً على صناعة الأسنت والسماد والصدوا الكاوية والبترول الخام ...

وحيث أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أن الضريبة العامة هى التى لا يقتصر نطاق تطبيقها على رقعة إقليمية معينة تنبسط عليها دون سواها ، ويتحدد المخاطبون بها فى إطار هذه الدائرة وحدها ، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمى للدولة - وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية - مرتباً لدينها فى ذمة الممول ، بما مؤدها تكافؤ الممولين المخاطبين بها فى الخوضوع لها دون تمييز ، وسريانها بالتالى - بالقوة ذاتها - كلما توافر مناطقها فى أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة ، ولا يعنى ذلك أن يتماثل الممولون فى مقدار الضريبة التى يؤدونها ، بل يقوم التماثل على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية ، فالتكافؤ أو التعادل بينهم ليس فعلياً Intrinsic بل جغرافياً Geographic .

وحيث أن المحاضر عن نقابة المهن العلمية ، قدم كذلك مذكرة أبان فيها عن أن نقابة المهن العلمية تعد من أشخاص القانون العام التى يجوز تخويلها نصيباً من السلطة العامة تستعين بها على أداء رسالتها ، وقد درج المشرع على أن يعاون النقابات المهنية على أداء رسالتها من خلال فرائض مالية تقتضيها لصلحتها ، وأن هذا الذى سار عليه العمل يمثل عند البعض عرفاً دستورياً ، وأن كانت المادتان (٦١ و ١١٩) من الدستور تسمحان للمشرع بفرض هذه الفرائض المالية ، ذلك أن ما نص عليه الدستور - فى المادة ٦١ - من أن اداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقاً للقانون ، يعنى أنها لا تنحل إلى مجرد حقوق للمتفعين بها ، بل تعد كذلك واجباً على المكلفين بها لا يمكن أن يتصل منه أحد ، كذلك فإن البين من نص المادة (١١٩) من الدستور ، أن الضريبة غير العامة هى التى لا يكون المواطن جميعهم مكلفون بها ، أو لا يتم تطبيقها على امتداد النطاق الإقليمى للدولة كالضرائب المحلية والضرائب المرفقية ، ومثل هذه الضرائب يجوز فرضها فى حدود القانون فإذا فرضها القانون ، فإن اقتضاها يكون مشروعاً وسليماً من باب أولى ولا يخل فرض ضريبة الدمغة التى كفلها النص المطعون فيه ، مبدأ المساواة أمام القانون ، ذلك أن المركز القانونى لنقابة المهن العلمية مغاير لغيرها ، ووعاء هذه الضريبة ، هو برميل البترول الخام ، وقد حدد المشرع مقدارها فى صورة مبلغ من النقود منسوباً إلى هذا الرعاء ، وجاء فرضها متمسكاً بالصعوبة والمساواة ، باعتبار أن المكلفين بها يتحملون بعينها دون تمييز ، ومن ثم تتوافر لهذه الضريبة - التى يتم تخصيص حصيلتها لصالح نقابة بذاتها كضريبة مرفقية ، ضوابطها الشكلية والموضوعية .

وحيث أن الفقرة (د) من البند الرابع من المادة (٧٩) من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن

التي تتناولها ، أو حمل المكلفين بها - من خلال عبثها - على التخلي عن نشاطهم ، وعلى الأخص إذا كان مؤثماً جنائياً كالتعامل في المواد المخدرة ، وهذه الآثار العرضية للضريبة كثيراً ما تلازمها ، وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية ، ولا تزييلها طبيعتها هذه ، لمجرد أنها تولد آثار عرضية بمناسبة إنشائها Every tax is in some measure regulatory . To some extent it interposes an economic impediment to the activity taxed as compared with others not taxed. But a tax is not any less a tax because it has a regulatory effect tending to re-strict or suppress the thing taxed أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها ، أو كان وطأة الجزاء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلاً ، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التي تسوغها ، وهو ما يقع بوجهه خاص إذا كان معدل الضريبة أو أحوال فرضها ، مناقضاً للأسس الموضوعية التي لا تقوم الضريبة إلا بها .

وحيث أن اختيار المشرع للمال محل الضريبة ، وأن كان مما يخضع لسلطته التقديرية ، وكان من المقرر كذلك أن دستورية الضريبة لا ينال منها أن تكون حصيلتها متناهية في ضآلتها negligible أو أن يكون باعثها غير مرض بوجه عام ، أو أن يكون هدفها الحصول أصلاً من المكلفين بها على مبلغها مع تنظيم نشاطهم عرضاً بما يجعل استمرارهم فيه مرهقاً onerous كفرض ضريبة على محال القمار ، ألا أن الضريبة العامة بحكمها أمران لا ينفصلان عنها ، بل تتحد دستورتها على ضوئها معاً :

أولهما : أن الأموال التي تجبها الدولة من ضرائبها العامة وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية ، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها ، والعمل على تطويره

وحيث أن الدستور أعلى شأن الضريبة العامة ، وقدر أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها ، وبوجه خاص من ناحية جذبها لعوامل الإنتاج أو طردها أو تقييد تدفقها ، وما يتصل بها من مظاهر الاتكاش أو الانتعاش ، وتأثيرها بالتالي على فرص الاستثمار والإدخار والعمل وتكلفة النقل وحجم الإتفاق ، وكان الدستور - نزولاً على هذه الحقائق وإعترافاً بها - قد مايز بين الضريبة العامة وغيرها من القرائض المالية ، فنص على أن أولاهما لا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها إلا بقانون ، وأن ثانيتهما يجوز إنشاؤها في الحدود التي يسمتها القانون ، ولزم ذلك أن السلطة التشريعية هي التي تملك بيدها زمام الضريبة العامة ، إذ تتولى بنفسها - من دون السلطة التنفيذية - تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها ، متضمناً تحديد الأموال المحملة بها ، وأسس تقدير وعائها ، وصلفها والمكلفين بأدائها ، والجزاء على مخالفة أحكامها ، وغير ذلك مما يتصل بتهيئتها عدا الإعفاء منها ، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون ، متى كان ذلك ، فإن نص القانون يعتبر مصدراً مباشراً للضريبة العامة ، إذ يحيط بها وينظم رابطتها في إطار من قواعد القانون العام ، متوخياً تقديراً موضوعياً ومتوازناً لموجباتها ، وما يكفل الانتفاع بحصيلتها فيما يعود بالنفع العام على الجماعة منظوراً في ذلك إلى ما يحق رعاها .

وحيث أن الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التي يفرضها أمرين يكون أحدهما أصلاً مقصوداً منها ابتداء Primary motive ويتمثل في الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها ، تصبها في خزائنها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها ، ويكون ثانيهما مطلوباً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة incidental motive كاشفاً عن طبيعتها التنظيمية regulatory nature دالاً على التدخل بها لتفسير بعض الأوضاع القائمة ، وبوجه خاص من زاوية تقييد مباشرة الأعمال

٧ من الفصل ٩ من مادته الأولى صريحة في حظرها إخراج أموال من الخزانة العامة إلا بعد تخصيصها وفقاً للقانون No money shall be drawn from the treasury but in consequence of appropriations made by law وهي عين القاعدة التي كفلتها الفقرة الثالثة من المادة ١١٤ من دستور الهند ، وتدل عليها كذلك أحكام المواد ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٠ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضى أولاً بأولها بأنه يجب عرض مشروع الموازنة العامة على مجلس الشعب قبل شهرين على الأقل من بدء السنة المالية ، ولا تكون نافذة إلا بموافقتها عليها ، وتقرر ثانيتهما أن نقل أى مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الموازنة العامة لا يجوز إلا بموافقة مجلس الشعب ، كما يجب هذه الموافقة في شأن كل مصروف غير وارد بها ، أو زائد على تقديراتها ، ويكون ذلك بقانون ، وتنص ثالثتها على أن ينظم القانون القواعد الأساسية لحماية الأموال العامة ، وإجراءات صرفها .

وحيث أن ما تقدم مؤداه أن أموال الدولة بكل مكوناتها ، وكذلك ضوابط رفاقها يهتأن معاً الظروف الضرورية التي تفي السلطة التنفيذية من خلالها بواجباتها ، ولئن ذهب البعض إلى أن تحصيل هذه الأموال وإنفاقها وجهان لعملة واحدة ، ألا أن من الصحيح أن هاتين العمليتين منفصلتان ، ولكل منهما أسسها وبواعثها ، وزن كان أنفاق المال العام وفق ضوابط صارمة ، بعد شرطاً لازماً لضمان عدم تهديده أو توجيهه لغير الأغراض التي رصد عليها . بما مؤداه أن ربط الموارد في جملتها ، بمصارفها تفصيلاً ، وأحكام الرقابة عليها ، يعد التزاماً دستورياً يقيد السلطة التشريعية ، فلا يجوز لها أن تنصل منه ، أو تناقض قسواء بعمل من جانبها ، إذ هو جوهر اختصاصها في مجال ضبطها المالية الدولة ، وإرساء قواعدها وفقاً للدستور .

من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية ، ذلك أن فعالية قيامها على وظائفها هذه يقتضيها أن تغور بنفسها - ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد - المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها ، وسبيلها إلى ذلك - وكلما عن لها إيقاع ضريبة ما على مال معين - هو أن تلجأ إلى السلطة التشريعية لإقناعها بفرضها باعتبار أن تقرير الضريبة بما يدخل في اختصاصها ، بل هو من أكثر المهام اتصالاً بوجودها ، وأن كان اختصاصها بتنظيم أوضاع الضريبة ، لا يجوز أن يحول بينها وبين تقرير ضوابط تهيمن بها على أنفاق الأموال التي جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها وغراماتها ودوميتها الخاص ، وغير ذلك من الموارد التي تصبها في خزانتها العامة ، لتفقد كل منها - باندماجها مع بعضها البعض - ذاتيتها ، ولتشكل جميعها نهراً واحداً لإيراداتها الكلية Consolidated Funds ومن خلال رقابتها عليها وضبطها لمصارفها ، تعمل السلطة التشريعية على إنفاذ سياستها المالية التي لا ينجح الاقتصاد معها نحو أعاصير لا تؤمن عواقبها ، ويوجه خاص في نطاق العمالة ، وضمان استقرار الأسعار ، وصون معدل معقول للتنمية ، وكذلك حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة ولازم ذلك أن تتقيد السلطة التنفيذية بالقواعد التي رسدها السلطة التشريعية لئتم بموجبها الإنفاق العام ، فلا يكون إسرافاً أو تهديداً أو إرساءً أو إغواء ، بل منضبطاً وأميناً ، مقتصداً ورشيداً ، وهي بعد قواعد لا يجوز على ضوئها جر مبالغ من الخزانة العامة قبل تخصيصها وفقاً للقانون ، بما يكفل رصدها على الأغراض التي حدها ، والتي لا يجوز أن تتحول عنها السلطة التنفيذية ، أو أن تعدل فيها بإيراداتها المنفردة ، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها إنفاق أموال غير مدرجة بالموازنة العامة أو زائدة على تقديراتها ، وتؤكد هذه المعاني بعض الدساتير الأجنبية كاللستور الأمريكي ، ذلك أن الفقرة

الأولى من الفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الأمريكي من أن السلطة التي يملكها الكونجرس في مجال فرض الضريبة والمكوس يختلف أنواعها ، غايتها أن توفر الحكومة الفيدرالية من خلالها ، ما يلزمها للوفاء بديونها ، وإشباع متطلباتها الدفاعية ، ولتحقيق الرخاء العام على امتداد الإقليم ، وبذلك تكن أغراض التحويل قيدياً على السلطة الضرائبية يقارنها ولا يفارقها ، وحداً من الناحية الدستورية على ضوابط إنفاق المال العام ، ولا يعنى ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلي الجهة التي تراها لتعينها بها على النهوض بمسئولياتها وتطوير نشاطها ، بل يجوز ذلك بشرطين :

أولهما : أن تكون الأغراض التي تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها ، وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم ، أولها اثارها على قطاع عريض من بينهم ، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعينهم حيوياً .

ثانيهما : أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها ، على أن يتم ذلك - لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها ، بل من خلال رصد ما يكفيها بقانون الموازنة العامة وفقاً للقواعد التي نص عليها الدستور وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوءها .

وحيث أن ضريبة الدمغة محل النزاع المائل - وعلى ضوء ما قرره النص المطعون فيه يتوافر مناه استحقاقها كلما أنتج برميل من البترول الخام أي كان موقع هذا الإنتاج لتكون لها بالتالي خصائص الضريبة العامة التي لا ينحصر تطبيقها في رقعة أقليمية معينة ، بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمي للدولة ، مرتباً لدينها في ذمة الممول ، وكان الأصل في الضريبة - وعلى ما جرى عليه قضاء

ثانيهما : أن الضريبة العامة - وبغض النظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة - لا تزال مورداً مالياً ، بل هي كذلك أصلاً وابتداءً . ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية سواء في مجال الدفاع والأمن وغيرها من الشؤون التقليدية ، أو لمواجهة ما جد من اختصاصاتها كتلك التي تتعلق بالصحة والتعليم والنقل أو لإشباع أعبائها الاجتماعية ، أو متطلباتها الاستثمارية وغير ذلك من احتياجاتها ، سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً ، وكان من المقرر أن نوع وحجم الإنفاق العام ، إنما يتأثر بالسياسة التي تتبناها الدولة ، والأوضاع السائدة فيها ، وبوجه خاص من النواحي الأيديولوجية التي تعكس مذهبها ، وترسم كذلك حدود أولوياتها في مجال هذا الإنفاق ، فإن أوجبه المتعددة وضرورة إجراؤها وفقاً للأوضاع التي نص عليها القانون على ضوء ضوابط الدستور ، هي التي ينبغي أن تحكم سلوكها وتبين نطاق تدخلها ، بما مؤده أن استخدامها لمواردها تلك لا ينفصل عن واجباتها الدستورية ، وكذلك مسئولياتها في أن تكون مصارفها مسخرة لتحقيق النفع العام لمواطنيها ، ومن ثم يكون النفع العام - أو ما يعبر عنه أحياناً بأكبر منفعة جماعية - قيداً علي إنفاقها لإيراداتها ، وكذلك شرطاً لفرضها ابتداءً ، وهو يعد شرط كامن في الضريبة العامة ذاتها باعتبار أن انصرافها إلى المخاطبين بها على امتداد الإقليمية للدولة ، يفترض أن يكون إنفاقها كافياً لحيرهم العام ، ولو لم يكن كل منهم مستقلاً فائدة مباشرة من جراء هذا الانفاق ، فإذا لم يكن ثمة نفع عام يتصل بالأغراض التي يقتضيها صون مصالح مواطنيها ورعايتهم ، أو كان تدخلها مجاوزاً للحدود التي تبيح أن يقع الإنفاق في نطاقها ، فإن عملها لا يكون مبرراً من الناحية الدستورية ، وتؤيد هذا النهج بعض الدساتير بنصوص قاطعة من بينها ما تقرره الفقرة

انتاج البترول على النحو السالف بيانه ، ذلك أن الحماية القانونية المتكافئة بين المراكز القانونية المتماثلة ، تفترض بداية أن يكون بنیان هذه المراكز جميعها متوائماً مع أحكام الدستور ، بما يؤكد مشروعيتها ، وإذ كان تقرير الضريبة المطعون عليها مخالف للدستور بما اقتضى الحكم بإعدامها ، وكان العلم لا يقاس عليه ، ولا مساواة فيه ، فإن مد حكمها إلى الآخرين لا يكون جائزاً .

وحيث أنه متى كان ما تقدم ، وكانت المادة ١٢٧ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية قد نصت على أن يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه كل من يخالف القواعد الخاصة بدفعة النقابة المشار إليها في البندين ٣ ، ٤ من المادة ٧٩ ، وكذلك كل من يتناول الأوراق أو العبوات أو المنتجات المشار إليها من البندين المذكورين دون استيفاء الدفعة المطلوبة ، وكان الحكم بعدم دستورية ضريبة الدفعة في مجال تطبيقها بالنسبة للبند (٤) فقرة (د) من المادة ٧٩ المشار إليها ، يعنى بطلانها وزوال الآثار التي رتبها في محيط العلاقات القانونية ، وكان ما يتصل من أحكام المادة ١٢٧ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه بذلك البند ، مؤداه ارتباطهما معاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فإن تلك الأحكام - وبقدر هذا الاتصال - تسقط تبعاً للحكم ببطلان الضريبة المطعون عليها .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة (د) من البند (٤) من المادة رقم ٧٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن العلمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٣ ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

المحكمة الدستورية العليا - أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة من الممول جبراً ، إسهاماً من جهته في أعبائها وتكاليفها العامة ، ويؤديها إليها بصفة نهائية ، ودون أن يعود عليه نفع خاص من وراء دفعها ، وكان من المقرر كذلك أن الضريبة التي يكون أدائها واجباً وفقاً للقانون - وعلى ما تدل عليه المادتان ٦١ و ١٩٩ من الدستور - هي التي تتوافر لها قوابلها الشكلية والأسس الموضوعية التي لا تقوم إلا بها ، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية التي يبنى عليها النظام الضريبي ضابطاً لها في الحدود المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور ، وكان الأصل في الضريبة - وباعتبار أن حصيلتها تعد إيراداً عاماً - أن يؤول مبلغها إلى الخزانة العامة ليتدمج مع غيره من الموارد التي تم تدبيرها ، وكان النص المطعون فيه قد فرض الضريبة المتنازع عليها - لا تقتضيها الدولة جبراً من الملتزمين بها لمواجهة نفقاتها العامة محددة مصارفها وفق قانون الموازنة العامة ، ولتبشّر من خلالها دورها بالتدخل لإشباع مصالحها بما يكفل الخير العام لمواطنيها - بل قرر النص المطعون فيه هذه الضريبة لصالح نقابة بذاتها ، واختصها بحصيلتها التي تؤول مباشرة إليها ، فلا تدخل خزانة الدولة أو تقع ضمن مواردها ليمتنع استخدامها في مجابهة نفقاتها العامة ، ولتكون في حقيقتها معونة مالية رصدتها الدولة لتلك النقابة - لا عن طريق الضوابط التي فرضها الدستور في شأن الإنفاق العام - ولكن من خلال قيام الضريبة المطعون عليها بدور يخرجها عن مجال وظائفها ، ويفقدها مقوماتها لتتعلل عدماً ، وهو ما يقتضيه الحكم بعدم دستوريته لمخالفتها أحكام المواد ٦١ و ١١٥ و ١١٦ و ١١٩ و ١٢٠ من الدستور .

وحيث أنه إذ كان ما تقدم ، فلا محل للخوض فيما ساقه المدعون من مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ المساواة بين العلميين وغيرهم ممن يسهمون معهم في

- ٣ - السيد / وزير المالية ، بصفته
٤ - السيد / وزير الإدارة المحلية ، بصفته

الإجراءات

بتاريخ ١٩ من أبريل سنة ١٩٩٤ أودع المدعي صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا ، طالباً الحكم بعدم دستورية المادة (٥١) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ .

وقدمت هيئة قضايا مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .
ونظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

الحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما بين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تحصل في أن الوحدة المحلية لمركز ومدينة ههيا قامت بمطالبة المدعى بسداد رسوم محلية مقدارها ٢٠٩٩ جنيها ، مستحقة على مصنع الطوب المملوك له . وإذا تازع المدعى في مشروعية هذه المطالبة ، فقد أقام الدعوى رقم ١٠٧٥ لسنة ١٩٩٠ مدنى كلى الزقازيق ، طالباً فى ختامها الحكم بعدم الاعتراف بمطالبة الوحدة المحلية بههيا بالرسوم المحلية المفروضة على مصنعه مع رد المبالغ التى تم تحصيلها بدون وجه حق ، وقد أحيلت هذه الدعوى إلى محكمة ههيا للاختصاص حيث قيدت برقم ٣٧٣ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا . كما أقام المدعى الإشكاليين رقمى ١٧٦ لسنة ١٩٩١ و ٢٦٠ لسنة ١٩٩١ مدنى ههيا لوقف إجراءات التنفيذ الإدارى بالمبالغ المطالب بها . وإذا

(١١)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٨ أبريل سنة ١٩٩٥م الموافق ٨ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبر العيني
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير وسامى فرج يوسف والدكتور / عبد
المجيد فياض وعدلى محمود منصور.

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدي أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المتيقدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٨ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

محمد كامل مصطفى

ضد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء ، بصفته

٢ - السيد / وزير العدل ، بصفته

اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية ،
 - فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر
 محكمة الموضوع جديته ، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال
 الأجل الذى ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث
 لا يجاوز ثلاثة أشهر ، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء
 ما تصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بإبعاد
 رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال
 الجوهرية التى تفيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم
 التداعى فى المسائل الدستورية بالإجراءات التى رسمها
 وفى الموعد الذى حدده ، وبالتالى فإن ميعاد الثلاثة
 أشهر الذى فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع
 الدعوى الدستورية ، أو الميعاد الذى تحدده محكمة
 الموضوع - فى غضون هذا الأجل - يعتبر ميعاداً حتمياً
 يتعين على الخصوم رفع دعواهم الدستورية قبل انقضائه
 وإلا كانت غير مقبولة .

وحيث إنه كان ما تقدم ، وكان المستأنف قد دفع
 أمام محكمة الموضوع بجلستها المنعقدة فى ٢٥ نوفمبر
 سنة ١٩٩٣ بعدم دستورية المادة (٥١) من القانون رقم
 ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة
 ١٩٨١ ، فصرحت له المحكمة برفع الدعوى الدستورية ،
 إلا أنه تراخى فى إبداء صحيفة قلم كتاب المحكمة
 الدستورية العليا حتى ١٩ من أبريل سنة ١٩٩٤ أى
 بعد انقضاء ميعاد الثلاثة أشهر الذى قرره الفقرة (ب)
 من المادة (٢٩) من قانون هذه المحكمة كحد أقصى
 لرفع الدعوى الدستورية المتاح للخصوم رفعها ، فإن
 الدعوى المائلة تكون غير مقبولة ، ويتعين من ثم الحكم
 بعدم قبولها .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وبإصدار
 الكفالة ، وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه
 مقابل أتعاب المحاماة .

قضت محكمة أول درجة فى الدعوى رقم ٣٧٣ لسنة
 ١٩٩٢ مدنى ههيا برفضها ، وفى الإشكاليين بقبولها
 شكلاً ورفضهما موضوعاً فقد أقام المدعى الاستئناف
 رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة الزقازيق الابتدائية
 طالباً القضاء بإلغاء الحكم الصادر فى الدعوى رقم
 ٣٧٣ لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا ، والحكم بعدم الاعتداد
 بطلبية الوحدة المحلية بههيا للمستأنف ، وإلغاء الحكم
 الصادر فى الإشكاليين رقمى ١٧٦ لسنة ١٩٩١ و ٢٦٠
 لسنة ١٩٩٢ مدنى ههيا والحكم بوقف التنفيذ ،
 وبجلسة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٩٣ دفع المستأنف بعدم
 دستورية المادة (٥١) من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩
 بإصدار قانون نظام الحكم المحلى المعدل بالقانون رقم
 ٥٠ لسنة ١٩٨١ ، فأجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة
 ٢٠ يناير ١٩٩٤ وصرحت له بإتخاذ إجراءات الطعن
 بعدم الدستورية ، فأقام الدعوى المائلة .

وحيث أن المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية
 العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص
 على أن :

(تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية
 القوانين واللوائح على الوجه التالى (أ) (ب)
 إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى
 المحاكم أو إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائى
 بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة
 أو الهيئة أن الدفع جدى ، أجلت نظر الدعوى وحددت
 لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى
 بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع
 الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن) .

وحيث أن مؤدى هذا النص - وعلى ما جرى به
 قضاء هذه المحكمة - أن المشرع رسم طريقاً لرفع
 الدعوى الدستورية التى أتاح للخصوم إقامتها ، وربط
 بينه وبين الميعاد الذى حدده لرفعها ، فذل بذلك على أنه

(١٢)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ١٥ أبريل
سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

بواسطة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير وسامي فرج يوسف والدكتور / عبد
المجيد فياض وعدلى محمود منصور

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبال

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدي أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٦ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيدة / نوال عبد الغفار مرسى

ضد

١ - السيد / رئيس مجلس الوزراء

٢ - السيدة / بدور دسوقي كامل

الإجراءات

بتاريخ ٢١ فبراير سنة ١٩٩٣ أودعت المدعية قلم
كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة طالبة الحكم بعدم
دستورية المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية ،
الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ .

وقدتمت هيئة قضايا مذكرة طلبت فيها الحكم برفض
الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وبجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٤ قررت المحكمة إعادتها
إلى هيئة المفوضين لاستكمال التحضير ، وإذ أودعت
هيئة المفوضين تقريرها التكميلي ، أعادت المحكمة
نظرها ، وقررت إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - حسبما بين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل في أنه عند إجراء انتخابات
مجلس إدارة اللجنة النقابية للمعاملين باللاسلكي ،
حصلت المدعية على أصوات تفوق ما حصلت عليه
المدعى عليها الثانية ، التي بادرت إلى إقامة دعواها
الموضوعية رقم ٧٦٧ لسنة ١٩٩١ أمام محكمة شئون
العمال بالقاهرة ، مختصة فيها وزير القوى العاملة
وأخرين ، طالبة الحكم بصفة مستعجلة بوقف إعلان
نتيجة الانتخابات ، والحكم بغزوها بعضوية المجلس
المشار إليه بدلاً من المدعية ، وذلك على سند من أحكام
المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية التي تحظر
الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية
والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد عن (٢٠٪)
من مجموع أعضاء هذا المجلس ، وإذ دفعت المدعية -
بعد تدخلها انتظاماً إلى المدعى عليهم في النزاع

عدم فوز المدعية بمقعد في مجلس إدارة النقابة العمالية ، إنما يعود مجاوزتها تلك النسبة التي فرضها النص المطعون عليه ، مما حملها على التدخل في الدعوى الموضوعية ، وإبداء دفعها بعدم الدستورية ، فإن نطاق الطعن المائل ينحصر في هذه الحدود ، ولا يمتد لغيرها من أجزاء النص المطعون عليه .

وحيث أن البين من تقرير اللجنة المشتركة من لجنة القوى العاملة وهيئة مكتب اللجنة التشريعية عن مشروع القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ بشأن النقابات العمالية أن الفقرة الأولى من المادة ٣٨ المشار إليها لم تكن واردة أصلاً في المشروع المقدم من الحكومة ، وأن خلافاً داخل اللجنة المذكورة قد ثار حول نطاق حق العمال الأعضاء في نقابة مهنية ، في أن يكونوا أعضاء بمجلس إدارة المنظمة النقابية العمالية ، وأن الآراء التي قيل بها في هذا الشأن ترددت بين تقرير هذا الحق على إطلاقه ، وبين القبول ببعض الحلول التي اعتبرها أصحابها حلولاً توفيقية أو واقعية أكثر منها قانونية .

فالذين قالوا بإطلاق هذا الحق ، ذهبوا إلى أن كل قيد يعد من حق العمال أعضاء النقابة المهنية في الانضمام إلى النقابة العمالية والتمثيل في تشكيلاتها المختلفة ، يعتبر مخالفاً للاتفاقيات الدولية ، وللدستور ، لإخلاله بالحرية النقابية ، وانطوائه على التمييز أو التقييد في مجال العضوية النقابية ، وخروجه كذلك على مبدأ تشكيل التنظيم النقابي على أساس ديمقراطي ، ومنافاته لقوانين النقابات العمالية في الدول العربية والغربية والشرقية .

كذلك فإن الأصل في النقابة المهنية هي أنها تعد من أشخاص القانون العام التي تتوخى تنظيم شئون المهنة وحمايتها من الدخلاء عليها ، مع ضمان حقوق أعضائها في ممارستها على مسئوليتهم ولحسابهم

الموضوعي - بعدم دستورية النص المشار إليه ، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفعها وصرحت لها بإقامة الدعوى الدستورية ، فقد أقامت الدعوى الماثلة . وحيث أن المادة (٣٨) من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ تنص على ما يأتي :

« لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية ، والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد على ٢٠٪ من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس ، وذلك ما لم تكن أغلبية المنظمة النقابية من المنتسبين إلى نقابات مهنية » .

« ولا يجوز في جميع الأحوال الجمع بين عضوية مجالس إدارات النقابات المهنية ، وعضوية مجالس إدارات المنظمات النقابية الخاضعة لأحكام هذا القانون » وحيث أن المدعية تنعى على ذلك النص مخالفته أحكام المواد ٨ ، ٤٠ ، ٤٧ ، ٥٦ ، ٦٢ من الدستور ، قسراً منها بأنه يخل بتكافؤ الفرص بين المواطنين ، وكذلك لمبدأ المساواة أمام القانون ، فضلاً عن إهداره حرية التعبير ، وكذلك الحق في الحرية النقابية وتكوين التنظيم النقابي على أساس ديمقراطي ، وتقييده لحق الانتخاب والترشيح .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي ، وكان ما يتصل من هذا النزاع بالنص المطعون عليه ، إنما ينحصر فيما قرره من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة في نقابة مهنية ، فيما يزيد على ٢٠٪ من مجموع مقاعد ذلك المجلس وكان

على إرادتهم فى اختيار من يقدرّون جدّارته لتمثيلهم ، بل أن تقرّرها يدعم الحركة العمالية ، ذلك أن تجمعاتها لن تكون إلا لهؤلاء الذين يدينون بالولاء لها .

وحيث أن البين من دستور منظمة العمل الدولية ، أن مبدأ الحرية النقابية يعتبر لازماً لتحسين أوضاع العمال وضمان الاستقرار والسلام الاجتماعى ، كذلك تعامل حرية التعبير والحرية النقابية باعتبارهما مفترضين لازمين لاضطراد التقدم ، وفى هذا الإطار اعتمد المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية فى دورته الحادية والثلاثين ، الاتفاقية رقم ٨٧ فى شأن الحرية النقابية ، النافذة أحكامها اعتباراً من ٤ يوليو سنة ١٩٥٠ ، والتي تخول العمال - دون تقييد من أى نوع - الحق فى تكوين منظماتهم التي يختارونها بغير إذن سابق ، ودون تقييد بغير القواعد المنصوص عليها فى دساتيرها وأنظمتها ، وهى قواعد تصوغها بإرادتها الحرة وتنظم بها - على الأخص - طرق إدارتها وإبرامها ومناحي نشاطها ، وبما يحول بين السلطة العامة والتدخل فى شئونها ، أو الحد من ممارستها لتلك الحقوق أو تعطيلها (المواد ١ ، ٢ ، ٣ منها) ، بل أن صادتها الرابعة تنص على أن منظماتهم تلك ، لا يجوز حلها أو تعليق نشاطها عن طريق الجهة الإدارية .

وحيث أن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية ، أقر كذلك فى دورته الثانية والثلاثين ، الاتفاقية رقم ٩٨ ، فى شأن التنظيم النقابى ، النافذة أحكامها اعتباراً من ٨ يوليو سنة ١٩٥١ ، والتي كفّل بمادتها الأولى لكل عامل الحماية الكافية من أية أعمال يقصد بها التمييز بين العمال فى مجال استخدامهم ، إخلالاً بحريتهم النقابية ، ويكون ضمان هذه الحماية لازماً بوجه خاص إزاء الأعمال التي يقصد بها تعليق استخدام العامل على شرط عدم الانضمام إلى منظمة نقابية ، أو حمله على التخلّى عن عضويته فيها ، أو معاملته إجحافاً لانضمامه إليها أو لإسهامه فى نشاطها بعد انتهاء عمله .

الخاص ، غير أن تطوراً مفاجئاً أصابها ، وأخرجها عن حقيقة وظائفها ، وباعد بينها وبين المهام التي كانت تقوم أصلاً عليها ، حيث انضم إليها « بقوة القانون » من لا يصلون لحسابهم ، ولا يمارسون استقلالاً مهنة حرة على مسئوليتهم بل يتبعون روساحم فى الحكومة ووحدات الحكم المحلى والقطاعين العام والخاص ، ويؤدون عملهم تحت إشرافهم لقاء أجر مما الحق الضرر بالحركة النقابية العمالية ، وأضعفها ، بخروج هؤلاء من تجمعاتها ، وحصولهم من نقاباتهم المهنية على عديد من المزايا التي جذبتهم إليها . ولابد أن يتفاقم هذا الضرر ، وأن يزداد حدة ، إذا ما حال المشرع بين المهنيين والمنظمة النقابية العمالية ، سواء بمنعهم من الانضمام إليها أو الدخول فى مختلف تشكيلاتها ، وكذلك إذا قيد ذلك الحق بما يحد من محتواه .

يؤيد ذلك أن التمييز بين العمال على أساس المؤهل ، وتقييد حرياتهم بالتالى ، مما يعوق التقدم ، ولا يستقيم سياسياً أو تشريعياً أو قانونياً . ذلك أن تأهيل العمال غذاء ضرورة لازمة إزاء تطور العلوم وتباين مناهجها ، ومن غير المنصور أن يحرم غالبية عمال المنشأة من التمثيل فى المنظمة النقابية المتعلقة بها ، لمجرد حصولهم على مؤهل أو ممارستهم لمهنة بمذاتها يكون المؤهل شرطاً للقيّد فى جداولها .

وعلى نقيض هؤلاء الذين أجازوا الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية على إطلاق ، قال آخرون من أعضاء اللجنة المشار إليها الذين أبدوا النص المطعون عليه ، بأن تمثيل الأغلبية العديدة من العمال بالمعنى السياسى للعامل ، يتحقق إذا ما كفّل المشرع تمثيل المهنيين فى مجلس إدارة المنظمة النقابية بما لا يزيد على ٢٠٪ من مجموع أعضاء المجلس ، باعتبار أن هذه النسبة هى التي تنسجم مع التوزيع العددي لهذين الفريقين فى المنشآت العمالية ، ولا تشكل بالتالى قييداً على الحرية النقابية ، ولا تقيم كذلك تمييزاً بين العمال ، ولا حجراً

هذه الجهة فى عملها بما يعوق إدارتها لشؤونها ، ولا أن تقرر حلها أو وقف نشاطها عقاباً لها ، ولا أن محل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه أكفل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها .

وحيث أن ما تقدم مؤداه ، أن تكوين التنظيم النقابى لابد أن يكون تصرفاً إرادياً حراً ، لا تتدخل فيه السلطة العامة ، بل يستقل عنها ليظل بعيداً عن سيطرتها ، ومن ثم تتمتع الحرية النقابية عن قاعدة أولية فى التنظيم النقابى ، تمنحها بعض الدول قيمة دستورية فى ذاتها ، لتكفل بمقتضاها حق كل عامل فى الانضمام إلى المنظمة النقابية التى يطمئن إليها ، وفى انتقاء واحدة أو أكثر من بينها - عند تعددها - ليكون عضواً فيها ، وفى أن يعزل عنها جميعاً فلا يلع أبوابها ، وكذلك فى أن يعزل عن البقاء فيها منهيّاً عضويته بها .

وهذه الحقوق التى تنفرغ عن الحرية النقابية ، تعد من ركائزها ، ويتعين ضمانها لمواجهة كل إخلال بها ، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعدان فى آثارهما ويتأتيان من مصدرين مختلفين . ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تبشر ضغوطها فى مواجهة العمال غير المنضمين إليها لمذهبهم لدائرة نشاطها توصلاً لإحكام قبضتها على تجمعاتهم ، وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة فى أوضاع الاستخدام فى منشآتهم أو بالتهديد بفصل عمالهم ، أو بمسألتهم تأديبياً ، أو بإرجاء ترقية لهم لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابى ، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه .

وحيث أن الحرية النقابية - محدداً إطارها على النحو المتقدم - لا تعارض ديمقراطية العمل النقابى ، بل هى المدخل إليه ، ذلك أن الديمقراطية النقابية هى التى تطرح بوسائلها وتوجهاتها - نطاقاً للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية ، ويبلور إرادتها وينفض عن تجمعاتها عوامل الجسود ، وهى كذلك مفترض أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحى نشاطها ، ولازمها أمران :

وحيث أن دستور جمهورية مصر العربية كفل بنص المادة ٥٦ منه جوهر الأحكام التى انتظمته هاتان الاتفاقيتان الدوليتان ، والتى تعتبر مصر طرفاً فيهما بتصديقها عليهما ، ذلك أن المادة ٥٦ من الدستور تنص على ما يأتى « إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكلفه القانون ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، وينظم القانون مساهمتها فى تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية ، وفى رفع مستوى الكفاية ، ودعم السلوك الاشتراكى بين أعضائها وحماية أموالها ، وهى ملزمة بمسألة أعضائها عن سلوكهم فى ممارسة نشاطهم ، والدفاع عن الحقوق والحريات المقررة قانوناً لأعضائها » .

وحيث أن حرية العمال فى تكوين تنظيمهم النقابى ، وكذلك حرية النقابة ذاتها فى إدارة شؤونها ، بما فى ذلك إقرار القواعد التى تنظم من خلالها اجتماعاتها ، وطرائق عملها ، وتشكيل أجهزتها الداخلية ، وأحوال اندماجها فى غيرها ، ومسألتها لأعضائها عما يقع منهم بالمخالفة لنظمها ، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً يهيمن على نشاطها ويكفل الموازنة بين حقوقها وواجباتها ، وكذلك بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها - المؤهلين منهم وغير المؤهلين - ودون قيد يتعلق بعدد الأولين منسوباً إلى عدد العمال غير المهنيين ، ذلك أن مبدأ الحرية النقابية يعنى حق العمال - وأياً كان قطاع عملهم ودون ما تمييز فيما بينهم - فى تكوين منظماتهم النقابية بغض النظر عن معتقداتهم أو آرائهم السياسية أو توجهاتهم أو انتماءاتهم ، ودون إخلال بحق النقابة ذاتها فى أن تقرر بنفسها أهدافها ووسائل تحقيقها وطرق تمويلها ، وإعداد القواعد التى تنظم بها شؤونها .

ولا يجوز - بوجه خاص - أرهاقها بقيود تعطل مباشرتها لتلك الحقوق ، أو تعلق تتمتعها بالشخصية الاعتبارية على قبولها المحدث منها ، ولا أن يكون تأسيسها رهناً بإذن من الجهة الإدارية ، ولا أن تتدخل

ذلك من وسائل التعبير ، قد تقر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها ، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها ، ولا تكون لها من فائدة ، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيبون موقفاً ، ولا يترددون وجلأ ، ولا ينتصفون لغير الحق طريقاً .

وحيث أن ما تروخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير ، هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه ، غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ، ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنواتها ، بل قصد أن تترامى آفاقها ، وأن تتعدد مواردها وأدواتها ، وأن تنفتح مسالكها ، وبغض منابها (Free trade in ideas) (Marketplace of ideas) لا يحول دون ذلك قيد يكون عاصفاً بها ، مقتصاً دروبها ، ذلك أن حرية التعبير أهدافاً لا ترم عنها ، ولا يتصور أن تسعى لوساها ، هي أن يظهر من خلالها ضوء الحقيقة جلياً ، فلا يداخل الباطل بعض عناصرها ، ولا يعتريها بهتان ينال من محتواها ، ولا يتصور أن يتم ذلك إلا من خلال اتصال الآراء وتفاعلها ومقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، منطرياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لصلحة مبتغاة . ذلك أن الدستور لا يرمى من وراء ضمان حرية التعبير ، أن تكون مدخلاً إلي توافق عام ، بل تغيماً بصونها أن يكون كافلاً لتعدد الآراء - Plurality Opinions وإرسائها على قاعدة من حيده المعلومات - neutral ity of information ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل ، ومحدداً لكل اتجاه .

وحيث أن حرية التعبير التي تؤمنها المادة ٤٧ من الدستور ، أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشئون العامة ، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التفسير فيها ، وتقويماً لاعوجاجها ، وكان حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ، وليس معلقاً على صحتها ، ولا مرتبطاً بتمشيتها مع الاتجاه العام في

أولهما : أن يكون الفوز داخل النقابة بمناصبها المختلفة - على تباين مستوياتها وأياً كان موقعها - مرتبطاً بالإرادة الحرة لأعضائها ، ويشترط أن يكون لكل عضو انضمام إليها - الفرص ذاتها - التي يؤثر بها - متكافئاً في ذلك مع غيره - في تشكيل سياساتها العامة وبناء مختلف تنظيماتها وفاقاً بأهدافها وضماناً لنهوضها بالشئون التي تقوم عليها .

ثانيهما : أن الحرية النقابية لا تعتبر مطلباً لفئة بذاتها داخل النقابة الواحدة ، ولا هي من امتيازاتها ، بل يتعين أن يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً لا يتمحص عن انتقاء حلول بذواتها تستقل الأقلية بتقديرها وتفرضها عنوة ، ذلك أن تعدد الآراء داخل النقابة الواحدة وتفاعلها ، إثراء لحرية النقاش فيها ، لتعكس قراراتها ما تتصوره القاعدة الأعرض من النابحين فيها مبلوراً لأفكارهم ، ومحدداً لمطالبهم ، إنفاذاً لإرادتهم من خلال أصواتهم التي لا يجوز تقييد فرص الإدلاء بها دون مقتضى ، ولا فرض الوصاية عليها .

وحيث أن ما نص عليه الدستور في المادة ٥٦ من قيام النقابات واتحاداتها على أساس ديمقراطي ، يدل على أن حكمها جاء عاماً مطلقاً ، منصرفاً إلى كل تنظيم نقابي - مهنياً كان أو صاعلياً - ممتداً إلى تشكيلاتها جميعاً - على تباين مستوياتها ودرجاتها - كاشفاً عن أن العمل النقابي لا يؤمن مصالح جانبية محدودة أهميتها ، بل يوفر للمنضمين إليه ، الحقائق الكاملة التي يحددون من خلالها أولوياتهم ، ويقاضون على ضونها بين من يتزاحسون من بينهم على الظفر بعصرية مجلس إدارة المنظمة النقابية التي ينتسبون إليها .

وحيث أن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ منه - لحرية التعبير عن الآراء ، والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطلاعتها أو بتدوينها وغير

بغاياتها ، فلا يعطل مضمونها أحد ، ولا يناقض الأعراض المقصودة من إرسائها .

وحيث أن الحق في التجمع ، بما يقوم عليه من انضمام عدد من الأشخاص إلى بعضهم لتبادل وجهات النظر في شأن المسائل التي تعينهم من الحقوق التي كفلتها المادتان ٥٤ ، ٥٥ من الدستور ، وذلك سواء نظرنا إليه باعتباره حقاً مستقلاً عن غيره من الحقوق ، أم على تقدير أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها ، محققاً من خلالها أهدافها .

وحيث أن هذا الحق - وسواء كان حقاً أصيلاً أو تابعاً - أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء وتداولها كلما أقام اشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهاً معيناً ، مجتمعاً منظماً *Ordered assemblage* يحتويهم ، يوظفون فيه خبراتهم ، ويطرحون آمالهم . ويعرضون فيه كذلك لمصاعبهم ، ويتناولون بالحوار ما يورقهم ، ليكون هذا التجمع نافذة يطلون منها على ما يحتمل في نفوسهم ، وصورة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعي *Collective thinking* وكان تكوين بنيان كل تجمع - وسواء كان الفرض منه سياسياً أو نقابياً أو مهنيّاً - لا يعدو أن يكون عملاً اختياريّاً لا يساق الداخول فيه سقواً ، ولا يمنعون من الخروج منه قهراً ، وهو في محتواه لا يتمحض عن مجرد الاجتماع بين أشخاص متباعدين ينعزلون عن بعضهم البعض ، بل يرمى بالوسائل السلمية إلى أن يكون إطاراً يضمهم ، ويعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم ، ومن ثم كان هذا الحق متداخلاً مع حرية التعبير ، ومكوّناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون ، واقعاً عند البعض في نطاق الحدود التي يفرضها صون خواص حياتهم وأعماق حرمتها بما يحول دون اقتحام أغوارها زو تعقيبها لغير مصلحة جهورية لها معينها ، لازماً اقتضاء ولو لم يرد بشأنه

بيئة بذاتها ، ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها ، وإفناً أراد الدستور بضمان حرية التعبير أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابتها ، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها على العقل العام *Public mind* ، فلا تكون معايرها مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه ، ولا عائقاً دون تدفقها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حرية التعبير ، وتفاعل الآراء التي تتولد عنها ، ولا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها ، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها ، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلائية - تلك الأفكار التي تجول في عقولهم ، فلا يشعرون بها نجساً ، بل بطرحونها عزماء - ولو عارضتها السلطة العامة - إحداثاً من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتفسير قد يكون مطلوباً ، فالخلاف لا يجوز إخفاؤها ، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً في غيبة حرية التعبير ، كذلك فإن الذين يعترضون بنص المادة ٤٧ من الدستور ، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التي يؤمنون بها ، بل كذلك اختيار الوسائل التي يقدرّون مناسبتها وفعاليتها سواء في مجال عرضها أو نشرها ، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها من البدائل لترويجها ، ولعل أكثر ما يهدد حرية التعبير ، أن يكون الإيمان بها شكلياً أو سطحيّاً ، بل يتعين أن يكون الإصرار عليها قبولاً بنتاجاتها ، وألا يفرض أحد على غيره صمتاً ولو بقوة القانون *Enforced silence* .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، تعين القول بأن حرية التعبير التي كفلها الدستور ، هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي لا يقوم إلا بها ، ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها ، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط

ولا يجوز بالتالى أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التى لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها Integrity and reliability of the electoral process أو بما يكون كافلاً لإنصافها ، وتدفع الحقائق الموضوعية المتعلقة بها ، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها ، بما يصون حيديتها ، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين فيها ، ومن ثم تقع هذه القيود فى حمة المخالفة الدستورية إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من عمال المنظمة النقابية - ودون أسس موضوعية - من فرص الفوز بعضوية مجلس إدارتها ، ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء عن العملية الانتخابية بأكملها ، وحجبهم بالتالى عن الإسهام فيها ، بما مؤاده احتكار غرائهم لها وسيطرتهم عليها دون منازع ، وإنهاء حق المبعدين فى إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم ، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التى يتيحها المشرع للناخبين ، ويوجه خاص ، كلما كان المبعدون أدنى إلى ثقته ، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم .

بل أن القيم العليا لحرية التعبير ، بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدققها وتزاحمها ، ينافيها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً ، بل مقصوراً على فئة بذاتها من أعضاء المنظمة النقابية ، أو منحصرأ فى مسائل بذواتها لا يتعداها .

كذلك فإن حق الناخبين فى الاجتماع مؤداة ألا تكون الحملة الانتخابية - التى تعتبر قاعدة لتجميعاتهم وإطاراً يحددون من خلاله أولوياتهم - محدودة آفاقها ، بما تنفضى إليه من تضال فرصهم التى يفاضلون من خلالها بين عدد أكبر من المرشحين ، وانتقاء من يكون من بينهم شريكاً معهم فى أهدافهم Like-midded Citi- zens قادراً على التضال من أجل تحقيقها .

نص فى الدستور ، كافلاً للحقوق التى أحصاها ضماناتها ، محققاً فعاليتها ، سابقاً على وجود الدساتير ذاتها ، مرتبطاً بالمدنية فى مختلف مراحل تطورها ، كإمناً فى النفس البشرية ، تدعو إليه فطرتها ، وهو فوق هذا من الحقوق التى لا يجوز النزول عنها .

بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلودون بها فى الاجتماع المنظم ، وحجب بذلك تبادل الآراء فى دائرة أعرض ، بما يحول دون تضاعفها وتصحيح بعضها البعض ، ويعطل تدفق الحقائق التى تتصل باتخاذ القرار ، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التى لا يمكن تنميتها إلا فى شكل من أشكال الاجتماع .

ذلك أن الاعتزال عن الآخرين يؤول إلى إستعلاء وجهة النظر الفردية وتسلطها ، ولو كان أفقها ضيقاً Narrowness أو كان عميقاً أو تحزبها One-Sidedness بادياً .

كذلك فإن هدم حرية الاجتماع ، إنما يقوض الأسس التى لا يقوم بدونها نظام الحكم يكون مستنداً إلى الإدارة الشعبية ، ولا تكون الديمقراطية فيه بديلاً مؤقتاً ، أو إجماعاً زائفاً ، أو تصالحاً مرحلياً لتهدئة الحواظر ، بل شكلاً مثالياً لتنظيم العمل الحكومى وإرساء قواعده ، ولإزم ذلك امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون ، وفى الحدود التى تتسامح فيها النظم الديمقراطية ، وترتضيها القيم التى تدعو إليها .

وحيث أن من المقرر كذلك أن حق المرشحين فى الفوز بعضوية المجالس التى كفل الدستور أو المشرع صفتها التمثيلية ، لا ينفصل عن حق الناخبين فى الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يشقون فيه من بينهم ، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان ، ويتبادلان التأثير فيما بينهما ،

مزدود أولاً: بانتفاء الدليل على صحته .

ومزدود ثانياً: بأن اختيار من يمثلون أعضاء النقابة بمجلس إدارتها ليس مرتبطاً بموقعهم من النقابة ذاتها ، وما إذا كانوا هم الأكثر أو الأقل عدداً بين مجموعها ، بل بقدرتهم على تأمين مصالحها .

ومزدود ثالثاً: بأن إبطال عضويتهم بمجلس إدارة المنظمة النقابية بعد الفوز بها ، لا يعدو أن يكون تحريفاً لإرادة الناخبين ، مع حملهم على إبدال من منحوه ثقتهم بغيره ، وليس ذلك إلا تشويهاً لحق الاقتراع وانحرافاً عن الأغراض التي يتوخاها .

وحيث إنه لا مساع كذلك للقول بأن النص المطعون عليه ، يكفل للحركة النقابية العمالية وحدتها وبضمنه ولاء العمال لأهدافها ، ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها ومن خلال برامجها وتوجهاتها - وعلى ضوء نضالها من أجل الدفاع عن مصالحها ، وهي التي توحد بين أعضائها ، فلا يتحولون عنها أو يفرقونها ، كذلك فإن ولاهم لها رهن بصون الحرية النقابية في مضمونها ووسائلها ، ولقنابتهم أن تسائلهم تأديبياً إذا لم يلتزموا بميثاقها ، أو كان سلوكهم مشيناً مناهضاً لها ، وليس جائزاً بحال - من وجهة أخرى - أن تعطل وحدة الحركة النقابية العمالية أو الولاء لأهدافها ، حقوقاً كفلها الدستور للعمال المنضمين إليها .

وحيث أن من المقرر أنه إذا كفل الدستور حقاً من الحقوق ، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفي الحدود التي ينص عليها الدستور ، وكان ضمان الدستور بنص المادة ٦٢ لحق الانتخاب والترشيح اللذين كفلهما لكل مواطن وفقاً لأحكام القانون ، وأن تقيد بنصوص بعض مواد الأخرى ، كالمادتين ٢٦ ، ٨٧ منه التي توفر أولهما لصغار الفلاحين وصغار الحرفيين ٨٠٪ على الأقل من مقاعد مجلس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية

وحيث أن المهنيين الذين انضموا إلى المنظمة النقابية العمالية لا يتمكنون وفقاً للنص المطعون فيه من الظفر بعضوية مجلس إدارتها ، إلا في الحدود التي لا تزيد فيها نسبتهم إلى مجموع عدد أعضاء هذا المجلس عن ٢٠ ٪ ، وهو ما يعنى انغلاق طريقهم إلى مجلس إدارة تلك المنظمة بعد أن خاضوا انتخاباتها وفازوا فيها لمجرد مجاوزتهم لتلك النسبة التي حددها النص المطعون فيه دون أسس موضوعية تظاهرها ، بما مؤاده إهدار إرادة القاعدة العمالية التي منحتهم ثقتها على ضوء اقتناعها بموقفهم من قضايها ، وحرماتها من أن تفاضل ، من خلال البرامج التي طرحتها الحملة الانتخابية ، بين عدد أكبر من المرشحين يكونون أقدر على بلورة أفكارها ، والنضال من أجل بناء مواقفها ، وكان من المقرر أن اتساع قاعدة الاختيار فيما بين المرشحين ، ضماناً أساسية تكفل لهيئة الناخبين طروراً أفضل تمنح من خلالها ثقتها لعناصر من بينهم تكون أجدر بالدفاع عن مصالحها ، وكان النص المطعون فيه لا يطلق قاعدة الاختيار هذه ، بليحد من دائرتها ويضيق من نطاقها ، مؤثراً بذلك في حق الاقتراع بما ينال من فعاليتها ، فإن ذلك النص ينحل من الناحية الدستورية إلى فرض نوع من الوصاية على القاعدة العمالية ، ويؤول إلى تفكيكها أو اضطرابها أو بعثرة تكتلاتها من خلال إلزامها بأن تمنح ثقتها لغير من وقع عليهم اختيارها ابتداءً ، وأن تكون لها موازين جديدة تقدر على ضونها من تصعدهم ، من دونهم ، إلى مجلس إدارة المنظمة العمالية ، وقد يكونون أقل منهم شأناً سواء في صلاتهم أو قدرتهم على ابتكار الحلول الملائمة لقضايها وهو ما ينال كذلك من حرية القاعدة العمالية في التعبير عن مواقفها من خلال تجمعاتها التي تعد إطاراً ومحوراً لكل تنظيم انتخابي يحدد مطالبها .

وحيث أن القول بأن النص المطعون فيه ، يعكس تناسباً عددياً بين المهنيين المنضمين إلى المنظمة النقابية العمالية وغيرهم من العمال أعضائها ،

بها ، أو الحريات التي يمارسونها ، لاعتبار مرده إلى مولدهم ، أو مركزهم الاجتماعي ، أو انتمائهم الطبقي ، أو ميلهم الحزبية ، أو نزاعاتهم العرقية ، أو عصبيتهم القبلية ، أو إلى موقفهم من السلطة العامة ، أو إعراضهم عن تنظيماتها ، أو تبنيهم لأعمال بذاتها ، وغير ذلك من أشكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تقييمها ، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وأن تعذر حصرها ، ألا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحصل دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للاشتغال بها ، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة ، متى كان ذلك وكان النص المطعون عليه قد استبعد المهنيين - الذين تزيد نسبتهم في مجلس إدارة المنظمة النقابية عن ٢٠٪ من مجموع مقاعده - من الطفر بمعضية هذا المجلس رغم قائلهم مع عمال النقابة من غير المهنيين في مراكزهم القانونية لاتصوائهم جميعاً تحت نقابة واحدة تتكافأ حقوقهم وواجباتهم فيها ، ودون أن يستند التمييز بين هاتين الفئتين إلى أسس موضوعية يقتضيها التمثيل في مجلس إدارة تلك المنظمة ، فإن هذا التمييز يكون تحكيمياً ، ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون عليه يخل بالحقوق التي كفلها الدستور في مجال تكوين التنظيم النقابي على أساس ديمقراطي ، وكذلك بحرية التعبير والاجتماع ، وبحق الترشيع والاقتراع وبمبدأ المساواة أمام القانون ، وهي الحريات والحقوق المنصوص عليها في المواد ٤٠ ، ٤٧ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٢ من الدستور ، فإنه يكون قد وقع في حماة المخالفة الدستورية ، ويتعين الحكم ببطلانه .

التعاونية الصناعية ، وتنص ثانيتهما على أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب على الأقل من العمال والفلاحين ، إلا أن هذه القيود مرجعها إلى النصوص الدستورية ذاتها ، ولا يجوز أن يقاس تشريعاً عليها إلا كان القانون مخالفاً للدستور .

وحيث أن الدساتير المصرية جميعاً بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣ وانتهاءً بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة القانونية De Jure كإفالة تطبيقه على جميع المواطنين باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وباعتباره الضمانة الرئيسية لصون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدها ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتبه محققاً للمصلحة العامة .

ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه ، على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها ، هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إبراء الدستور لصور بذاتها يكون التمييز محظوراً فيها ، مرده أنها الأكثر شيرعاً في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصاره فيها إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ، ويحول دون أرساء أسسها وولوج غايتها .

وأية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا يقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها ، كالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدى أنور صابر

أمين السر

وحيث أن ما ورد بمعجز الفقرة الأولى من المادة ٣٨ المشار إليها من أنه (وذلك ما لم تكن أغلبية المنظمة النقابية من المنضمين إلى نقابات مهنية) ، يرتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بنطاق الطعن المائل باعتباره استثناء من قاعدة الحظر التى فرضها النص المطعون عليه ، فإن هذا الاستثناء يسقط تبعاً للحكم ببطان ذلك النص .

صدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٢٧ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » ،

المقاسة من :

الممثل القانونى لبك القاهرة الشرق الأقصى

ضد

١ - السيد / رئيس الوزراء .

٢ - السيد / وزير العدل

٣ - السيد / وزير المالية

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨ من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ فيما تضمنته من عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة فى نقابة مهنية بما يزيد على ٢٠٪ من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس ، ويسقط باقى نص هذه الفقرة ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

(١٣)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٥ أبريل
سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

بوتاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور/ محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج
يوسف والدكتور/ عبد المجيد فياض
ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود
منصور

أعضاء

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ يولييه ١٩٩٤ أودع المدعى صحيفة هذه
الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا بطلب
الحكم بعدم دستورية المادة ١/١٤ من القانون رقم ٩٠
لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
بعدم قبول الدعوى بالنسبة للفقرة الثانية من المادة
١٤ ، ويرفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

المدنية ، تقضى بأن يلزم المدعى بأداء الرسوم القضائية ، كما يلزم بدفع الباقي منها عقب صدور الحكم ولو استؤنف ، وتنص فقرتها الثانية على أنه : « ومع ذلك إذا صار الحكم نهائياً ، جاز لقلم الكتاب تحصيل الرسوم المستحقة من المحكوم عليه . »

وحيث أن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤ المشار إليها ، أسفر عن مجافاته للمنطق وروح العدالة ، وتعقيدته للتقاضى ، إذ يخول قلم كتاب المحكمة الحق فى تحصيل الرسوم القضائية من المدعى ، ولو كان كاسباً لدعواه بحكم نهائى ، عما كان مشاراً للشكوى التى عايشها المواطنون ، وكان كذلك مدعاة لظلمهم وإعتاتهم ، وإرهاقاً لا قبل لهم به ، ونكولاً عن إحقاق الحق ، وإهداراً للأصل فى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، من إلزامها المحضم المحكوم عليه فى الدعوى ، بمصرفاتها .

وحيث أن البين من مضبطة الجلسة الخمسين « الفصل التشريعى السادس - دور الانعقاد العادى » المعقودة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٩٥ ، أن مجلس الشعب ناقش تفصيلاً تعديلاً مقترحاً فى شأن المادة ١٤ المشار إليها لمواجهة مساوئها فى التطبيق ، وإنحرافها عن صحيح حكم القانون ، ولرد الأمور إلى نصابها ، وقد دعاه ذلك إلى إقرار قانون بتعديلها ، هو القانون رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ، وذلك بإبدال مادته الرابعة عشرة ، بمادة جديدة نصها الآتى :

« يلزم المدعى بأداء الرسوم المستحقة عقب تقديم صحيفة دعواه إلى قلم الكتاب كما يلزم بأداء ما يستحق عليها من رسوم أثناء نظرها ، وحتى قفل باب المرافعة فيها .

وتصبح الرسوم التزاماً على الطرف الذى الزمه الحكم بمصرفات الدعوى ، وتتم تسويتها على هذا الأساس ، ولا يجوز الاستئناف دون تحصيل هذه الرسوم .

حيث أن الوقائع - على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٣١٠٢ لسنة ١٩٩٠ تجارى محكمة الأسكندرية الابتدائية بطلب الحكم بإلزام كل من الممثل القانونى لشركة التنمية الوطنية للشحن والتفريغ ، والممثل القانونى لشركة القاهرة للتجارة والتوكيلات ، بأن يدفعها له متضامين مبلغ ٢٠٥٧٣٤٠٢٢٥ جنيهاً والمصاريف ، وبجلسة ١٩٩٢/٥/٣١ حكمت المحكمة بإلزام المدعى عليها الأولى بمبلغ ٩٢٢٣٩٠٩ والمدعى عليها الثانية بمبلغ ٢٠٥٣٤٩٧٠٥ جنيهاً ، مع المناسب من المصاريف ، ومبلغ عشرة جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة ، بيد أن قلم الكتاب أعلن بأمر تقدير عن رسوم عن تلك الدعوى ، مطالباً إياه بها إعمالاً لنص المادة ١٤ من القساون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الرسوم القضائية والتوثيق فى المواد المدنية ، ومن ثم تظلم أمام محكمة الأسكندرية الابتدائية من هذا الأمر ، ويتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٧ قضت المحكمة برفض هذا التظلم ، تأسيساً على أن المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ تخول قلم الكتاب طلب الرسوم القضائية من المدعى ، ولو كان كاسباً لدعواه ، وإذا لم يرتضى المدعى هذا الحكم ، فقد طعن عليه بطريق الاستئناف ، وقيد هذا الطعن برقم ٢٧٥ لسنة ٥٠ قضائية ، وأثناء نظر النزاع أمام المحكمة الاستئنافية ، دفع بعدم دستورية المادة ١٤ المشار إليها ، وإذا قدرت محكمة الموضوع جديده هذا الدفع ، فقد أجلت نظر دعواه حتى يتخذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية ، فأقام الدعوى الدستورية الماثلة .

وحيث أن الفقرة الأولى من المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية والتوثيق فى المواد

وتسلم للمحكوم له صورة تنفيذية من الحكم دون توقف على تحصيل باقى الرسوم المترتبة بها الغير .

وحيث أن النص المتقدم ، يذلل بمسارته على أن المدعى - وقد أقام الخصومة القضائية ابتداء - فإن عليه أن يتحمل مقدماً بنفقاتها ، والتي تمثل أساساً فى الرسوم القضائية يؤدها عند تقديم صحتها إلى قلم كتاب المحكمة ، ويظل أمر هذه الرسوم قلقاً إلى أن تفصل المحكمة فى الخصومة المطروحة عليها ، وتحدد من يكون ملتزماً بمصروفاتها ، ليقع عبؤها عليه انتهاء ، والأصل أن يتحمل بمصروفات الدعوى من خسرها لا تبعدها إلى غيره ، ولا شأن لسواء بها ولا يعطل تراخيه فى الوفاء بها ، حق المحكوم له فى الحصول على صورة تنفيذية من الحكم .

وحيث أن المشرع أنصح كذلك بالنص المتقدم عن إلغاء القاعدة التى تضمنتها الفقرة الثانية من المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ - قبل تعديلها - والتي كانت تخول قلم كتاب المحكمة الخيار بين تحصيل الرسوم القضائية من المحكوم عليه بها ، أو الرجوع بها على من يكون كاسباً لدعواه ولم يلزمه الحكم بمصروفاتها ، وكان من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا يحول دون الطعن عليها من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه تتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة ، ذلك أن الرض فى تطبيق القاعدة القانونية ، هو سرعانها على الوقائع التى تتم خلال الفترة من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعاض عنها بقاعدة قانونية جديدة ، سرت القاعدة الجديدة من الوقت المحدد لنفاذها ، ويقف سرعان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين ، فما نشأ فى ظل القاعدة القانونية القديمة من المراكز القانونية ، وجرى آثارها خلال فترة نفاذها ، يظل محكوماً بها وحدها .

وحيث أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط قبول الدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المطاعن الدستورية لازماً للفصل فى النزاع الموضوعى ، وكان جوهر الطعن ينصب على الاختصاص المخول لأقلام كتاب المحاكم - فى ظل الصل بأحكام المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديلها - بانقضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليه بها - ولو كان كاسباً لدعواه - فإن الفقرة الثانية من المادة ١٤ المشار إليها قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ ، هى التى يتحدد بها نطاق الطعن بعدم الدستورية ، وهى كذلك التى دار حولها الدفع بعدم الدستورية ، المشار أمام محكمة الموضوع .

وحيث أن المدعى ينهى على الفقرة الثانية المشار إليها ، إخلالها بأحكام المواد ٣٤ ٣٥ ٣٦ من الدستور التى تكفل جميعها حقوق الملكية الخاصة ، ولا تجيز تأميمها إلا للصالح العام ، ويقانون ، ومقابل تعريض ، كما تحول دون مصادرتها مصادرة عامة ، فإذا كان الأمر متعلقاً بمصادرة خاصة ، فلا تجوز إلا بحكم قضائى ، كذلك فإن نزاع الملكية مقيد بأن يكون متوخياً نفعاً عاماً ومقابل تعريض وفقاً للقانون ، بيد أن النص المطعون فيه نقض هذه القواعد حين أجاز اقتضاء الرسوم القضائية من غير المدين بها ، وأهدر بذلك قوة الأمر المقضى التى تحوزها الأحكام النهائية ، وكان بالتالى مدخلاً لانتزاع أموال هؤلاء الذين لم يُحْمَلْهم الحكم النهائى بتلك الرسوم ، وعدواناً على ولاية القضاء التى كفل الدستور أصلها ، ولم يجز إلا توزيعها فى حدود التفويض المخول للسلطة التشريعية بنص المادة ١٦٧ من الدستور ، وهو ما يعنى أن تظل هذه الولاية ثابتة ، فلا تنال السلطة التشريعية منها ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر .

والتجارية ، أن مصاريف الدعوى أصلاً يحكمها ، ويهيمن عليها يتحصل في ألا يحكم بها - سواء بأكلها أو في جزء منها - إلا على الخصم الذي خسر الدعوى ، سواء بتعامها أو في بعض جوانبها ، وهو ما يكفل قيام الخصومة القضائية على دورها في إيصال الحقوق لذويها دون نقصان ، فلا تكون نفقاتها عبئاً إلا على هؤلاء الذين جحدوا تلك الحقوق ، إغنائاً أو محاطة أو تكاية ، لترتد سهامهم إليهم ، وكان الاستثناء التشريعي من هذه القاعدة منحصر في الأحوال التي قدر المشرع فيها أن مسار الخصومة القضائية أو ظروفها ، تدل على مجاوزتها للحدود القانونية التي ينفي أن يتقيد بها حق التقاضي ، وتنكها الأغراض التي شرع هذا الحق من أجل بلوغها ، بأن كانت في واقعها لداً أو اندفاعاً أو تقريراً ، وهي أحوال حددتها حصراً المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، التي تخول المحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى كلها أو بعضها بمصارفاتها إذا كان الحق الذي يدعيه مسلماً به من المحكوم عليه ، أو كان المحكوم عليه قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو ترك خصمه على جهل بما في يده من المستندات القاطعة في الدعوى ، أو يضمنونها .

وحيث أن النص المطعون فيه يخلو أقلام كتاب المحاكم على اختلافها - كل وفقاً لتقديره الخاص - أن تُحْمَل بالرسوم القضائية غير المدينين المحكوم عليهم بها ، وهو ما يعني تعديله بإرادتها المنفردة لمنطوق الحكم القاطع في شأن تلك الرسوم ولو كان نهائياً ، وكان من المقرر أن كل حكم قطعي - ولو لم يكن نهائياً - يعد حائزاً لحجية الأمر المقضي ، فإذا صار نهائياً بامتناع الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ، غداً حائزاً لقوة الأمر المقضي ، وكان الحكم في هاتين الحالتين كليهما ، لا يقوم على قرينة قانونية يجوز التدليل على عسكها ، بل يرتد إلى قاعدة

وحيث أن الأصل في الرسوم القضائية ، هو أن يلزم بها من خسر الدعوى ، وتتم تسويتها على هذا الأساس ، إذ ليس عدلاً ولا قانوناً أن يتحمل بها من كان محقاً في دعواه ، وحمل حملاً على اللجوء إلى القضاء انتصافاً ، ودفعاً لعدوان ، وإلا كان الاعتصام بشريعة العدل ومنهجه عبئاً ولها ، والزود عن الحقوق - من خلال الإصرار على طلبها وتقريرها - إفكاً وبعثاناً ، بيد أن النص المطعون فيه نقض هذا الأصل الذي تلمبه طائفة الأشياء ، ورد الساعين إلى الحق على أعقابهم ، بأن حملهم برسوم قضائية لا يلتزمون بها أصلاً ، ولا شأن لهم بها ، فكان عقاباً من خلال جزاء مالى لغير خطأ وعدواناً منهاه عنه بنصوص الدستور ، إذ لا جريرة لهؤلاء حتى تقتطع من الحقوق التي ظفروا بها بمقتضى حكم نهائى ، مبالغ مالية بتقدير قيمة الرسوم القضائية التي أُرْزِم هذا الحكم غيرهم بها ، ولكن قلم الكتاب اقتضاها منهم ناقلاً عنها الهم ، مخالفاً بذلك منطوق الحكم النهائي ، ومتقولاً على القاعدة العامة في مصروفات الدعوى التي تبنتها المادتان ١٨٤ ، ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، التي تقضى أولاًهما بأن مصاريف الدعوى - ويدخل في حسابها مقابل أتعاب المحاماة - إنما يتحملها الخصم المحكوم عليه بها ، فإذا تعدد المحكوم عليهم ، جاز الحكم بنسبتها فيما بينهم بالتساوى ، أو بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى وفق ما تقدره المحكمة ، ولا يلزمون بالتضامن في المصاريف إلا إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضى به ، وتنص ثانيتهما على أنه إذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات ، جاز الحكم بأن يتحمل كل خصم بما دفعه من المصاريف ، أو بتقسيم المصاريف بينهما ، على حسب ما تقدره المحكمة في حكمها .

وحيث أن مسؤدى القاعدة التي تبلورها وتؤكدها المادتان ١٨٤ ، ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية

من غيرهم ، وهو ما يعد انتحالا لولاية الفصل في الخصومة القضائية ، وإهداراً لقوة الأمر المقضى التى تلازم الأحكام النهائية ولا تفارقها ، ولو بعد الطعن عليها .

وحيث إنه لا ينال ماتقدم ، قالة أن الدستور خول السلطة التشريعية أن تعين لكل هيئة قضائية اختصاصاتها ، ذلك أن هذا التفويض المقرر بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور ، لا يعنى أكثر من مجرد الترخيص بتوزيع الولاية القضائية بأكملها فيما بين الهيئات القضائية جميعها ، لتعال كل منها قسطها أو نصيبها منها ، وما يحول بين السلطة التشريعية وعزلها عن نظر منازعة بذاتها ، مما كان ينبغي أصلاً أن تفصل فيها .

وحيث أن النص المطعون فيه يخل كذلك بالحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة ، ذلك أن اقتضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليه بها ، مؤداه أن تكون التزاماً ذا قيمة مالية سلبية ، واقعاً عبوة على غير المدين ، ومجرداً ذمته المالية - وهى لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التى لها قيمة مالية - من بعض عناصرها الإيجابية باقتطاعها دون حق ، وبالمخالفة لنصوص الدستور التى تمد حمايتها إلى الأموال جميعها ، باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء أكان حقاً شخصياً أم عينياً أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية ، ذلك أن الحقوق العينية التى تقع على عقار - بما فى ذلك حق الملكية - تعتبر مالاً عقارياً ، أما الحقوق العينية التى تقع على منقول ، وكذلك الحقوق الشخصية - أي أيا كان محلها - فإنها تعد مالاً منقولاً ، بما مؤداه امتناع التمييز بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية فى مجال صونها من العدوان ، بما يردع مقتصبها ، ويحول دون اغتيالها ، أو تقيضها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون

موضوعية لا تجوز معارضتها بعلتها ولا نقضها ولو بالاقرار أو اليقين ، وكان مما ينافى قوة الحقيقة القانونية التى تكشفها الأحكام القضائية ، وتعتبر عنها ، أن يخول المشرع جهة ما ، أن تعدل من جانبها الآثار القانونية التى رتبها الحكم القضائى ، مالم تكن هذه الجهة قضائية بالنظر إلى خصائص تكوينها ، وكان موقعها من التنظيم القضائى ، يخولها قانوناً مراقبة هذا الحكم تصويبه لأخطائه الواقعية أو القانونية أو كليهما معاً ، فإذا لم تكن تلك الجهة كذلك ، فإن تعديل منطوق الحكم ، أو الخروج عليه ، يعد عدواناً على ولاية واستقلال القضاء ، وتعطيلاً لدوره فى مجال صون الحقوق والحريات على اختلافها بالمخالفة للمادتين ٦٥ ، ١٦٥ من الدستور .

يؤيد ذلك أن هذا الاستقلال - فى جوهر معناه وأبعاد آثاره - ليس مجرد عاصم من جموح السلطة التنفيذية يكفها عن التدخل فى شئون العدالة ، ويمنعها من التأثير فيها إضراراً بقواعد إدارتها ، بل هو فوق هذا ، صدخل لسيادة القانون ، بما يصون للشرعية بنيانها ، ويرسم تخومها ، تلك السيادة التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٤ ، وقرنها بمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه فى المادة ٦٥ ، ليكوناً معاً قاعدة للحكم فيها ، وضابطاً لتصرفاتها .

وحيث أن الدستور عزز كذلك سيادة القانون ، بنص المادة ٧٢ التى صاغها بوصفها ضماناً جوهرياً لتنفيذ الأحكام القضائية من قبل الموظفين المختصين ، واعتبر امتناعهم عن أعمال مقتضاها ، أو تعطيل تنفيذها جريمة معاقب عليها قانوناً ، وما ذلك إلا تركيداً من الدستور لقوة الحقيقة الراجعة التى يقوم عليها الحكم القضائى ، وهى بعد حقيقة قانونية لا تجوز المماراة فيها ، ولا جرم فى أن ما قرره النص المطعون فيه من أن لأقلام كتاب المحاكم أن تقتضى الرسوم القضائية من أزمهم الحكم النهائى بها ، يفيد اختصاصها بتحصيلها

اصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ١ لسنة ١٦ قضائية « تفسير » .

المقامة سن :

السيد / رئيس مجلس الوزراء

ضد

السيد / محمد فوزى السيد فوزى

الإجراءات

بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٩٤ أودعت هيئة قضائية
الدولة - نيابة عن السيد / رئيس مجلس الوزراء -
صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبة - عملاً
بالمادة ١٩٢ من قانون المرافعات - تفسير حثيثة وردت
فى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى
القضية الدستورية رقم ٣٤ قضائية بجلسته ٢٠ يونية
١٩٩٤ نصها الآتى :

« أن الزمن عليه الذى انتهت خدمته بالتقاعد قبل
أول يوليو ١٩٨٧ - وإن كان قد أفاد من زيادة
في المعاش مقدارها ٢٠٪ وهى الزيادة التى تقررت
بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧
- إلا أن هذه الزيادة - وأياً كانت القاعدة التى التزمها
المرجع فى مجال حسابها - تنسحب إلى المعاش يختلف
صوره ، وليس من شأنها أن تنحى قاعدة تستقل فى
مضمونها عنها ، ويجوز إعمالها إلى جانبها هى تلك
المتعلقة بالحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير » .

وقدم المدعى عليه مذكرة طلب فيها أصلياً الحكم
بعدم قبول الطلب ، واحتياطياً برفضه ، وبعد تحضير
الدعوى ، قدمت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسته اليوم .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون
فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد ٣٢ و٣٤ و٦٤ و٦٥
و٧٢ و١٦٥ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٤ من القانون
رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق
فى المواد المدنية ، وذلك فيما تضمنته - قبل تعديلها
بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ - من تخويل أقاليم كتاب
المحاكم حق اقتضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم
عليه نهائياً بها ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ
مائة جنيه مقابل أعاب المحاماة .

(١٤)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٥ أبريل
سنة ١٩٩٥م الموافق ١٥ ذو القعدة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير وسامى فرج يوسف والدكتور / عبد
المجيد فياض ومحمد على سيف الدين
أعضاء .

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حملى أنور صابر

أمين السر

المحكمة

بعد الاطلاع على الاوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الاوراق - تتحصل فى أن المدعى عليه فى الدعوى الماثلة كان قد أقام الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية « دستورية » أمام المحكمة الدستورية العليا طالباً الحكم بعدم دستورية القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وبجلسة ٢٠ يونيه ١٩٩٤ حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المشار إليه ، ويسقط مادته الثانية ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

وجاء بصحيفة طلب التفسير المائل أن هذا الحكم خلاص إلى استحقاق المحالين إلى التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ للحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير - الذى كان مقررراً لهم بمقتضى القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - شأنهم فى ذلك شأن من خرجوا من الخدمة بعد هذا التاريخ ، مستنداً فى ذلك إلى دعامتين .

أولاهما: أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ - المطعون فيه - قد أدخل تعديلاً جوهرياً على المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ يقيد من مجال تطبيقها ، متوخياً بذلك أن يكون الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير منصرفاً إلى فئة بذاتها من المؤمن عليهم العاملين بقوانين التأمين الاجتماعى هى تلك التى أحيل أفرادها إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، وقد توخى هذا التعديل مواجهة متطلبات تمويل هذا المعاش وليس تفسير المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بما يزيل غموضها ، وبذلك حرم القانون المطعون فيه فئة من المؤمن عليهم من

المزايا التأمينية التى كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ من خلال تعديل الشروط التى تطلبها لاستحقاقهم الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، مجاوزاً بذلك نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق باقتحام المجال الذى يؤكد جوهرها ويكفل فعاليتها .

ثانيهما: أن التمييز بين المراكز القانونية إنما يتحدد وفق شروط موضوعية يتكافأ المواطنون من خلالها أمام القانون ، والأصل فى الأحكام هو استلزام روحها ومقاصدها . ولا شبهة فى أن القانون المطعون فيه قصد أن يضيف بمادته الأولى شرطاً علق عليه الإفادة من الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، هو أن يكون المؤمن عليه موجوداً فى الخدمة فى أول يوليو ١٩٨٧ ، وهو شرط لم يكن قائماً أو مقررراً من قبل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ . ولا متصلاً بتطلبات تطبيقها عند إقرارها من السلطة التشريعية ، بل أقم عليها . وجاء بالتالى مصادماً للأغراض التى توختها ، وهادماً للعلاقات القانونية تتصل بالشخصية المتكاملة للمواطن ، وبالحدود التى لا يجوز النزول عنها للحق فى الحياة فى إطار من الأمن والطمأنينة ، متجنباً كذلك تمييزاً تحكيمياً - منهياً عنه بنص المادة الأربعين من الدستور - بين فئتين إحداها تلك التى أحيل أفرادها إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، وأخرها تلك التى بلغ أفرادها سن التقاعد قبل ذلك ، دون أن يستند التمييز بين هاتين الفئتين إلى أسس موضوعية ، ذلك أنه اختص الفئة الأولى بحقوق تأمينية حجبها عن الفئة الثانية حال أن الخطر المؤمن ضده قائم فى شأن أفراد هاتين الفئتين ، وجميعهم مؤمن عليهم .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة تقرر فى وضوح - وبعبارة قاطعة - تسليمها بهاتين الدعامتين ، وبالنتيجة التى رتبها المحكمة الدستورية العليا عليهما ممثلة فى قضائها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون

إعمال هاتين القاعدتين معا مؤدياً إلى امتيازهم على نظائرهم الذين أحيلوا إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ ، والذين يتماثلون معهم في مراكزهم القانونية ، وهو مالا يمكن أن تكون المحكمة الدستورية العليا قد قصدت إليها . ذلك أن القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٨٧ ، وأن قرر بالنسبة إلى المؤمن عليهم الذين أحيلوا إلى التقاعد اعتباراً من الأول من يوليو ١٩٨٧ زيادة في أجورهم بمقدارها ٢٠٪ إلا أن هذه الزيادة لم يقابلها بالضرورة زيادة في معاشاتهم جميعاً بالنسبة عينها ، ويتعين بالتالي أن يكون إعمال مبدأ المساواة أمام القانون « قسداً » على الحقوق المالية الناشئة عن أعمال القاعدتين المقررتين بمقتضى القانونين رقمي ١٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بالنسبة إلى نظرائهم الذين أحيلوا إلى التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ ، فذلك وحده هو الذي يكفل لهؤلاء ، وهؤلاء المزاي المالية عينها الناشئة عن تطبيق أحكام القوانين أرقام ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ .

وحيث أن المدعى عليه دفع بعدم قبول طلب التفسير المائل من عدة أوجه :

(أولها) : أن اتصال طلب التفسير المائل بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع التي نص عليها قانونها ، لا يكون إلا من أحد مدخلي ، هما أن تطلب محكمة الموضوع بنفسها من المحكمة الدستورية العليا أن تزيل غموضاً بقضائها حتى يمكنها إعمال أثره في النزاع المعروض عليها ، أو أن يدعى أحد الخصوم أمامها غموض قضاء المحكمة الدستورية العليا لتجليل بصرها في هذا الادعاء ، فإذا تبين لها جديته ، منحتة أجلاً يقيم خلاله دعواه بالتفسير أمام المحكمة الدستورية العليا ، وإذا قدم طلب التفسير المائل - لا عن طريق محكمة الموضوع - بل مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا ، فإنه لا يكون قد اتصل بها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً .

رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، وكذلك سقوط مادته الثانية لارتباطها بمادته الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وما ينطوي عليه ذلك من معاملة المؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ باعتبارهم في مراكز قانونية يتماثلون فيها مع من أحيلوا إلى التقاعد بعد هذا التاريخ ، إلا أنها تتقدم بطلب التفسير المائل - لا لتنازع في استحقاق الفئة الأولى للمعد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، ولكن لتجلية غموض شاب بعض حيثياتها التي أوردتها في الصفحة الثالثة عشرة من حكمها ، والتي جاء فيها - وفي مقام الرد على دفاع أبدي أمامها بعدم استحقاق الفئة الأولى من المؤمن عليهم لمعاش الأجر المتغير - ما يلي :

« أن المؤمن عليه الذي انتهت خدمته بالتقاعد قبل أول يوليو ١٩٨٧ - وإن كان قد أفسد من زيادة في المعاش مقدارها ٢٠٪ ، وهي الزيادة التي تقررت بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ - إلا أن هذه الزيادة - وأياً كانت القاعدة التي التزمها المشرع في مجال حسابها تنسحب إلى المعاش يختلف صوره ، وليس من شأنها أن تنحى قاعدة تستقل في مضمونها عنها ويجوز إعمالاً إلى جانبها هي تلك المتعلقة بالمعد الأدنى لمعاش الأجر المتغير » .

وحيث أن هيئة قضايا الدولة في كشفها عما تقول به من غموض تعلق بتلك الهيئته ، تقرر أن إنفاذ مبدأ المساواة أمام القانون ينبغي أن يكون منصرفاً إلى كل المراكز القانونية المتماثلة ، وقد توحى الهيئته محل طلب التفسير ، أن المؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم بالتقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ يفيدون من قاعدتين في مجال المعاش ، إحداها تلك التي كفلها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ ، وأخرها تلك التي كشفت عنها المحكمة الدستورية العليا على ضوء فهمها لأحكام القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، ولو كان

معها الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامها بما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم والمتائلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها ، ويهدم بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها ، مما يحترق هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ، وذلك حسماً لمثلها ولتأمين أن يكون تطبيقها متكافئاً قسماً بين المخاطبين بها .

وإذا كان ما تقدم هو الشأن في التفسير التشريعي ، فإنه في نطاق التفسير القضائي ، يجوز لكل خصم - وعسلاً بنص المادة ١٩٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي يعتبر مضمونها مندمجاً في قانون المحكمة الدستورية العليا على تقدير أن تطبيقها على الأحكام التي تصدرها ، ولا يتعارض مع طبيعة اختصاصاتها والأوضاع المقررة أمامها - أن يتقدم مباشرة إليها بدعواه المتعلقة بتفسير قضائها ، وقولاً على حقيقة مرادها منه ، واستنهاضاً لولايتها في مجال تجميعية معناه ، وتحديداً لمقاصدها التي التمس فهمها حقاً ، ودون خروج عما قضى به الحكم المفسر - بنقص أو زيادة أو تعديل - إذا كان الغموض أو الإبهام - سواء في منطوق هذا الحكم أو ما تصل به الدعايم التي لا يقوم بدونها - قد اعتراه فعلاً ، فأصبح خافياً . ذلك أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متمملاً من كل الوجه . للحكم المفسر ، ولا يجوز بالتالي أن يتنزع أحد بالتفسير لتقويض بنيانه ، أو لتنفيذه على غير مقتضاه ، متى كان ذلك ، وكان طلب التفسير المائل قد قدم مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع التي نص عليها قانونها ، فإنه يكون قد اتصل بها اتصالاً مطابقاً للقانون .

وحيث أن البين من قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» أنه أقيم على عدة دعائم .

ثانيها : الأصل وفقاً للمادة ١٩٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، هو أن يقع ثمة غموض أو إبهام في منطوق الحكم أو في أسيايه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وإذا كانت هيئة قضايا الدولة لا تنازع في الدعامين اللذين قام عليهما قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ولا في النتيجة المترتبة عليهما ، وكان منطوق الحكم قاطعاً جلياً في معناه ، ولا خفاء فيما ارتبط به من الأسباب ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، فإن طلب التفسير المائل ، يكون قد تجاوز الحدود المقررة قانوناً للتفسير القضائي .

ثالثها : أن طلب التفسير المائل يتوخى تقرير قيود على الحقوق الناشئة عن أعمال القاعدتين المقررتين بالقانونين رقمي ٢٠٢ ، ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ في مجال المعاش المستحق للمؤمن عليهم الذين انتهت خدمتهم قبل أول يوليو ١٩٨٧ ، وليس ذلك إلا تعديلاً لقضاء الحكم ، وطعناً عليه بالمخالفة لنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

رابعها : أن طلب التفسير المائل يتعلق بإعمال أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما يدخل في اختصاص محكمة الموضوع .

وحيث أن ما ينهض المدعى عليه من عدم اتصال طلب التفسير المائل بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها ، مردود بما استقر عليه قضاؤها من أن المشرع غاير بين التفسيرين التشريعي ، والقضائي في شأن نطاق كل منهما ، وغاياته ، والجهة التي تتقدم بطلبه ، ذلك أن طلب التفسير التشريعي - عملاً بنص المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا - لا يقدم إلا من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، إذا كان للنص التشريعي المطلوب تفسيره أهمية جوهرية لا ثانوية ، وكان قد ثار عند تطبيقه خلاف حول مضمونه تتباين

المشرع بذلك هو أن يوفر للمؤمن عليه معاشاً مناسباً مقارباً لما كان يحصل عليه من أجر أثناء مدة خدمته ، يفى باحتياجاته الضرورية بعد بلوغ سن التقاعد التي يتحقق عندها الخطر المؤمن منه ، فإن عبارة « المؤمن عليه » التي تضمنتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ المشار إليه - قبل تعديلها - لا يجوز قصرها على فئة بذاتها من المحالين إلى التقاعد ، هي تلك التي تكون في الخدمة في الأول من يوليو ١٩٨٧ .

ثالثاً: أنه في مجال استظهار المقاصد التي روى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكماً معيناً ، فإن العبارة التي صاغ المشرع بها النص التشريعي - في سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي والأغراض التي يتوخاها - هي التي يتعين التحويل عليها ابتداء ، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها إلا إذا كان التقيد بعرفيتها - يناقض أهدافاً واضحة مشروعة سعى إليها المشرع ، وكان استقراء الشرطين الثاني والثالث اللذين علق عليهما القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولى - استحقاق المحالين إلى التقاعد الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، يدل على أن مدد الاشتراك عن هذا الأجر يعتد في حسابها بزمّن معين نهايته « واقعة انتهاء الخدمة » وأن مدد الاشتراك عن الأجر الأساسي يجب ألا تقل عن فترة زمنية محددة « في تاريخ توافر واقعة استحقاق المعاش » ، وكان ليس ثمة دليل من عبارة النص على أن هاتين الواقعتين كليهما - واقعة انتهاء الخدمة وواقعة استحقاق المعاش - متراخيتان إلى الأول من يوليو ١٩٨٧ ، فإن قصر الحق في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على هؤلاء الموجودين في الخدمة في هذا التاريخ ، لا يعدو أن يكون حلاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - قبل تعديلها - على شرط لا تتضمنه . وآية ذلك أن كلمة « المؤمن عليه »

أولها: أن نظام التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، يشمل التأمين ضد مخاطر بذاتها تندرج الشيخوخة والعجز والوفاة تحتها ، وفي تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بكلمة « المؤمن عليه » العامل الذي تسرى عليه أحكام ذلك القانون ويفيد من المزايا التأمينية التي نص عليها عند تحقق الخطر المؤمن منه ، سواء أكان من العاملين المدنيين بالدولة أو هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو وحداتها الاقتصادية أو غيرها من وحدات القطاع العام الاقتصادية ، أم كان من العاملين الخاصين لأحكام قانون العمل بالشروط التي نص عليها قانون التأمين الاجتماعي . ذلك أن محل التأمين أو العنصر الجوهرى فيه - جماعياً كان هذا التأمين أم فردياً - هو تحقق الخطر المؤمن منه . بل أن التأمين من هذا الخطر لمواجهة آثاره بعد وقوعها ، هو الدافع إلى التأمين أياً كانت الجهة التي تنظم عملية توزيع المخاطر وتشتيتها بين المؤمن عليهم ، وما التأمين الاجتماعي إلا صورة من صور التأمين تقوم الدولة فيها بدور المؤمن وقد فصل قانون التأمين الاجتماعي قواعد هذا النظام ونطاق سريان أحكامه وحدد الصناديق التأمينية التي توفر مختلف صور التأمين وما يتصل بها من الحقوق المالية ، فقرر بصريح مادته السابعة عشرة أن المشمولين بتأمين الشيخوخة مؤمن عليهم ، وأن مقابل التأمين بالنسبة إليهم يتكون من عدة عناصر من بينها الحصة التي يلتزمون بأدائها من أجورهم سواء أكان الأجر أساسياً أم كان أجراً متغيراً ، وأبان كذلك بمادته الثامنة عشرة عن أن المعاش يستحق بانتهاء خدمة « المؤمن عليه » لبلوغه سن التقاعد المنصوص عليه بنظام التوظيف العامل به .

ثانيها: أن أصل الحق في المعاش عن الأجر المتغير ، قد تقرر بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ امتداداً للحماية التأمينية لتشمل أجر المؤمن عليه بمختلف عناصره وإذ كان ما تفيده

عناصره ، بها ينهض سويًا على قدميه ، ولا يتصور وجوده بدونها ، ولا أن يكتمل كيانه في غيبتها ، ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذي تولد عنها ، لأنها من مقوماته ، ولا يتم وجوده إلا مرتبطاً بها ، بما مؤداه امتناع التعديل فيها بعد نشؤ الحق مستجماً لها ، وإلا كان ذلك نقضاً للحق بعد تقديره ، وهو ما ينحل إلى مصادره على خلاف أحكام الدستور التي تبسط حمايتها على الحقوق الشخصية جميعها باعتبار أن لها قيمة مالية لا يجوز الانتقاص منها .

خامساً : أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون فيه قد صدر بمقولة أنه تشريع مفسر لأحكام المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وأن الغرض من إصداره هو قطع كل جدل حول المقصود بكلمة « المؤمن عليه » متى كان ذلك ، وكان من المقرر أن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية ، أم مباشرة الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص ، لا يجوز أن تكون موظفاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها ، وبوجه خاص لا تتناول هذه السلطة تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقاً للقانون - محدد على ضوء الإرادة الحقيقية للمشرع - واكتمل تكوينها بالتالي قبل صدور قرار التفسير ، إذ يعتبر ذلك عدواناً على الحقوق التي ولدتها هذه المراكز وتجريداً لأصحابها منها بعد ثبوتها ، وهو ما لا يجوز أن يتزلق التفسير التشريعي إليه أو يخوض فيه ، وكان القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، لا يتغيا تفسير المقاصد التي توختها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، بل رمى إلى تعديلها عن طريق إضافة شرط جديد إلى الشروط التي تطلبها لاستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير

في جميع مواضعها من هذه المادة قد ورد لفظها عاماً دون تخصيص ، مطلقاً دون تقييد بما مؤداه انصرافها على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل الأفراد الذين يندرجون تحتها ، ذلك أن العام لا يخص إلا بدليل ، ولا يقيد المطلق إلا بقرينة ، وبانتفاؤها لا يجوز إسباغ معنى آخر على النص التشريعي ، وإلا كان ذلك تأويلاً غير مقبول والتغافاً حول المصلحة الاجتماعية التي تظاهر النصوص التشريعية جميعها ، وتعتبر هدفاً نهائياً لها ، وقوامها في الطعن المائل توفير الأمن والطمأنينة لهؤلاء الذين تحقق خطر الشيفوخة بالنسبة إليهم ، وذلك بضمان حد أدنى لمعاشاتهم عن الأجر المتغيرة لا يجوز النزول عنه بحال ، ولزم ذلك ومقتضاه أن مفهوم « المؤمن عليه » في تطبيق أحكام المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - قبل تعديلها بالمادة الأولى من القانون المطعون فيه - ينصرف إلى كل من يتعرض لخطر الشيفوخة من المؤمن عليهم سواء كان قد بلغ سن التقاعد قبل العمل بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ، أم كانت خدمته قد انتهت بعد نفاذه .

وإبصاراً : أنه إذا توافرت في المؤمن عليه - محدداً على هذا النحو - الشروط التي تطلبها المادة الأولى من هذا القانون - قبل تعديلها - لاستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، فإن مركزه القانوني بالنسبة إلى هذا المعاش يكون قد استقر بصفة نهائية ولا يجوز من بعد التعديل في العناصر التي قام عليها . ذلك أن التغيير فيها بعد اكتمالها ليس إلا هدماً لوجوده ، وإحداثاً لركز قانوني جديد يستقل عن المركز السابق الذي نشأ مستوفياً لشرائطه بما يخل بالحقوق التي رتبها بإنكار موجباتها ، ولئن كان الدستور قد فرض السلطة التشريعية في مادته الثانية والعشرين بعد المائة - في أن تقرر القواعد التي يتحدد الحق في المعاش على ضوئها ، إلا أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق ، تعتبر من

١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وكان نطاقها - محدداً على هذا النحو - لا يتصور أن يتناول غير الفصل في استحقاق المدعى فيها للحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، وغايتها إهدار القانون المطعون فيه باعتباره عائقاً يحول دون تقرير حق المدعى في الحصول على هذا الحد الأدنى ، متى كان ذلك ، فإن الدعوى الدستورية المشار إليها - سواء بالنظر إلى موضوعها أو على ضوء الأغراض المقصودة منها - لا يمكن أن تتناول حقوقاً غير التي جردها القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون بهدم دستوريته ، والذي يعكس - بالنصوص التي تضمنتها - المسألة الدستورية التي تتولى المحكمة الدستورية العليا الفصل فيها ، ليرتفع قضاؤها الصادر في تلك الدعوى بنصوص هذا القانون دون غيرها ، فلا يمتد لسواها محمولاً على الدعائم التي قام عليها ، والتي لا تندرج تحتها الهيئبة محل طلب التفسير ، ذلك أن موقعها من الحكم الصادر في تلك الدعوى ، غير متصل بمنطوقه ، ولا بأسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، لا تقتد إليها حجته .

يؤيد ذلك أن تلك الهيئبة كان موضوعها الزيادة في المعاش التي كفلها المشرع بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ للمحاليين إلى التقاعد قبل الأول من يوليو ١٩٨٧ ، والتي قام دفاع الهيئة القومية للتأمين الاجتماعي على أن تقريرها يدل على انتفاء حق المدعى في الحصول على الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، وفي مقام الرد على هذا الدفاع ، كان على المحكمة الدستورية العليا أن تورد حيثيتها تلك - لا لتفصل بمقتضاها في الحقوق التي كفلها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ للمخاطبين بأحكامه سواء بإثباتها أو نفيها - وهي حقوق لم يكن طلبها معروضاً عليها في نطاق الدعوى الدستورية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية - وإنما

هادفاً من وراء ذلك إلى تقييد أو تضيق مجال تطبيقها لمواجهة متطلبات تمويل هذا المعاش ، فإن الأغراض المالية وحدها تكون هي الغاية النهائية التي قصد المشرع - بإصدار القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ - إلى بلوغها ، وهي بعد أغراض تنافي بطبيعتها حقيقة أبعاد التفسير التشريعي ، وليس لها به من صلة .

سادسها : أن موضوع تنظيم الحقوق وأن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولاعتبارات يقتضيها الصالح العام ، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانياً أحكام الدستور منافياً لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها .

متى كان ذلك ، وكان القانون المطعون فيه قد توخى بإداته الأولى تعديل الشروط التي تطيلتها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ لقيام الحق في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير ، مقيداً بذلك من نطاق تطبيقها ، ومخللاً بالتالي بالمركز القانوني للمؤمن عليهم الذين عناهم هذا القانون ، وعلق حقهم في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التي تطيلها ، والتي يعد ذلك القانون مصدراً مباشراً لها ، وكان التعديل في هذا المركز - التي نشأ مكملاً مستقياً لعناصره جميعها قبل نفاذ القانون المطعون فيه - مؤذاه المحتسب حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التي كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولى ، ويتحضر بالتالي عدواناً على حقوقهم الشخصية التي سعى الدستور إلى صونها ، فإن القانون المطعون فيه يكون قد جاوز نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق ، وذلك باقتحام المجال الذي يؤكد جوهرها ، ويكفل فعاليتها .

وحيث أن ما تقدم يعززه أن الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية « دستورية » قد تحدد موضوعها بالفصل في دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة

أصدرت الحكم الآتي

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٥ لسنة ١٥ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيد / جاد نظير حسين جاد

ضد

السيد / وزير العدل

السيد / وزير الزراعة

السيد / رئيس مجلس الوزراء

الإجراءات

فى الرابع من فبراير سنة ١٩٩٣ أودع المدعى قلم
كتاب المحكمة صحيفة الدعوى الماثلة ، طالباً الحكم
بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس
الوزراء وزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة
١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم .
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً
ببرأيها .
ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الأطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة وسائر
الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد ضبط بتاريخ
١٣ يونيو سنة ١٩٩١ بذاترة قسم ثان طنطا ، بمرض
لحم بقر ذبح خارج المجازر العامة ، واعتبر لذلك غير
صالح للاستهلاك الأدمى وفقاً للمادة ٢٥ من القرار

لتؤكد بموجبها أن الحق فى الحد الأدنى لمعاش الأجر
التفسير يقوم بذاته مستقلاً عن الزيادة فى المعاش
النصوص عليها فى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وألزمت
الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب
المحاماة .

(١٥)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٢٠ مايو سنة
١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو الميثين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن
نصير وأبى فرج يوسف والدكتور / عبد
المجيد فياض ومحمد على سيف الدين
أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

عمدى أنور صابر

أمين السر

الدفاع ، وجاوز حدود ولاية المشرع ، وتقض استقلال السلطة القضائية ومبدأ الفصل بين السلطات ، مما يصم هذا النص بمخالفته أحكام المواد ٤١ ، ٦٧ ، ٦٩ ، ٨٦ ، ١٦٥ من الدستور .

وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ارتباطها بالمصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازماً للفصل فى الطلبات المرتبطة بها ، والمطروحة أمام محكمة الموضوع متى كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن التهمة الثانية التى نسبتها النيابة إلى المتهم ، تركز فى أساسها على الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ أنف البيان ؛ وذلك فيما تقوم عليه من افتراض عدم صلاحية أجزاء الذبائح التى ضبطت المدعى بعرضها للبيع دون غشها بخاتم المجرز الرسمى ، للاستهلاك الآدمى ، فإن الفقرة وحدها هى التى ينحصر فيها نطاق الطعن .

وحيث أن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها من أولى المهام التى تقوم عليها الدولة تنفيذاً لخدماتها الصحية التى ألزمها الدستور بالوفاء بها وفقاً لنص المادتين ١٦ و ١٧ ويندرج تحث ذلك ضمنان خلوها من الأمراض ، والتحقق من توافر مواصفاتها الصحية التى تنفى عنها تلوثها أو فسادها ، وكذلك مراقبة المشتغلين بها سواء فى وسائل تصنيعها ، أو نقلها أو عرضها وطرحها للبيع ، ومن ثم فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها - فى مادتيه الثانية والثالثة - الأحوال التى تعتبر فيها الأغذية غير صالحة للاستخدام الآدمى ، سواء لإضرارها بالصحة أو فسادها أو تلفها .

وعسلاً بالمادة ٤ من القانون ، تعبر الأغذية ضارة بالصحة فى الأحوال الآتية :

الوزارى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم فأحالت النيابة العامة إلى المحاكمة الجنائية ، طالبة عقابه لارتكابه جريمتين "أولهما" ذبحه حيوانات مخصص لحومها للاستهلاك الآدمى خارج المجازر العامة المخصصة للذبح ، و« ثانيهما » عرضه للبيع شيئاً من أغذية الإنسان (لحوم) فاسداً مع علمه بذلك . ففوضى غيابياً بمحاقبته - عما نسب اليه - بالمس ستة أشهر والنشر فى صحيفتين يوميتين على نفقته والمصادرة ، فطعن فى هذا الحكم بطريق المعارضة التى قضى بقبولها شكلاً وفى الموضوع برفضها وتأييد الحكم المعارض فيه ، وقد أستأنف هذا الحكم ، وقضى غيابياً بسقوط الحق فى الأستئناف ، فعارض هذا الحكم الأخير ، ودفع بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من القرار الوزارى المشار اليه ، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفعة وصرحته له بالاطعن بعدم الدستورية ، فقد أقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيوانات وتجارة اللحوم ، تنص على أنه :

فقرة أولى : « يحظر أن تعرض أو تباع لحوم أو أجزاء أو أعضاء أو أحشاء أو دهون الحيوانات المريضة أو التالفة غير صالحة للاستخدام الآدمى » :

فقرة ثانية : « وتعتبر أجزاء الذبائح ، غير المختومة بخاتم المجرز الرسمى ، والمعروضة للبيع ، غير صالحة للاستخدام الآدمى ، ويتعين أعدامها » .

وحيث أن المدعى ينعى على الفقرة الثانية من المادة ٢٥ الملعون عليها ، افتراضها عدم صلاحية أجزاء الذبائح المعروضة للبيع - وغير المختومة بخاتم المجرز الرسمى - للاستهلاك الآدمى ، وكذلك افتراض علم عارضها للبيع بفسادها ، بذلك يكون هذا النص قد مس الحرية الشخصية ، وأهدر افتراض البراءة ، وأخل بحق

١- إذا كانت ملوثة بميكروبات أو طفيليات من شأنها أحداث المرض بالإنسان .

٢- إذا كانت تحتوى على مواد سامة تحدث ضرراً لصحة الإنسان إلا فى الحدود المقرر بالمادة ١١ .

٣- إذا تناولها شخص ، مريض بأحد الأمراض المعدية التى تنتقل عدواها إلى الإنسان عن طريق الغذاء أو الشراب أو الحاصل لميكروباتها ، وكانت هذه الأغذية معرضة للتلوث .

٤- إذا كانت ناقمة من حيوان مريض بأحد الأمراض التى تنتقل إلى الإنسان أو من حيوان ناقل .

٥- إذا امتزجت بالأتربة أو الشوائب بنسبة تزيد عن النسبة المقررة أو كان يستحيل تقيتها منها .

٦- إذا احتوت على مواد ملوثة أو مواد حافظة أو أية مواد أخرى محظور استعمالها .

٧- إذا كانت عيوباتها أو لغائفها ، تحتوى على مواد ضارة بالصحة .

وتنص المادة ٥ من القانون على أن تعتبر الأغذية فاسدة أو تالفة إذا تغير تركيبها أو خواصها الطبيعية من حيث طعمها أو رائحتها أو مظهرها نتيجة تحللها كيميائياً أو ميكروبياً ، وكذلك إذا انتهى التاريخ المحدد لاستعمالها ، أو احتوت على بركات أو ديدان أو حشرات أو فضلات أو مخلفات حيوانية .

وحيث أن البين كذلك من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الزراعة ، أنه نظم الثروة الزراعية ومكافحة آفاتها ، ثم عرج للثروة الحيوانية لضمان تسميتها وحمايتها ، وتناول فى الباب الثانى من الكتاب الثانى الصحة الحيوانية ، وعرض فى الفصل الأول منه لمكافحة أمراض الحيوان ، وفى الفصل الثانى للحجر البيطرى ، وفى الفصل الثالث لنزع الحيوانات وسلخها وحفظ جلودها ، وصدره بالمادة ١٣٦ التى تنص

على : « لا يجوز فى المدن والقرى التى يوجد بها أماكن مخصصة رسمياً للنبيع أو مجازر عامة ، ذبح أو سلخ الحيوانات المخصصة لحومها للاستهلاك العام خارج تلك الأماكن بقرار من وزير الزراعة » ثم أتبعها بالمادة ١٣٧ التى تقول وزير الزراعة أن يصدر القرارات المنفذة لأحكام هذا الفصل ، وبوجه خاص :

(أ) ما تعلق منها بتحديد شرط ذبح الحيوانات ونقل لحومها ومخلفاتها وعرضها للبيع والرسوم التى تفرض على النبيع .

وتنص المادة ١٣٩ من القانون على أن تؤول الضبط القضائى ضبط لحوم الحيوانات التى تذبح بالمخالفة للمادة ١٣٦ أو البند (أ) من المادة ١٣٧ .. فإذا تبين عدم صلاحيتها للاستهلاك ، وجب إعدامها .

وحيث إنه بناء على التفويض التشريعى الذى تضمنه البند (أ) من المادة ١٣٧ من قانون الزراعة ، صدر قرار وزير الزراعة والأمن الغذائى رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ المشار إليه ، وبعد أن نص هذا القرار فى المادة ٢٣ منه على أن تضبط لحوم الحيوانات التى تذبح بالمخالفة لأحكام المواد ١٠٩ ، ١٣٦ ، ١٣٧ (أ) من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ ويتم إعدامها إذا كانت غير صالحة للاستهلاك الآدمى فإذا كانت صالحة وجب بيعها على أن يودع ثمن بيعها فى أقرب خزانة لحساب الهيئة العامة للخدمة البيطرية ولا يرد لصاحبها إلا بعد ثبوت برأته من التهمة الموجهة إليه ، قضى فى الفقرة الثانية من المادة ٢٥ بأن تعتبر أجزاء الذبائح الغير مختومة بخاتم المجزى الرسمى ، والمعرضة للبيع ، غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، ويتعين إعدامها .

وحيث أن البين من أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، أن الأغذية لا تعتبر صالحة للاستهلاك الآدمى إلا فى

وحيث إن الدستور اختص السلطة التشريعية بمن القوانين وفقاً لأحكامه ، فنص في المادة ٨٦ على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ، والموازنة العامة للدولة ، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وذلك كله على الوجه المبين في الدستور ، ونصت المادة ٦٦ من الدستور النص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون وهو ما لا يعدو أن يكون تأكيداً لما جرى عليه العمل من قيام المشرع بإسناد الاختصاص إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية لمحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب ، وذلك في حدود التي بينها القانون ولا اعتبارات يقتضيها الصالح العام ، وإذ يعهد المشرع إلى السلطة التنفيذية بهذا الاختصاص ، فإن عملها لا يعتبر من قبيل اللوائح التفوضية المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور ، ولا يندرج كذلك تحت اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ منه ، وإذ يقوم هذا الاختصاص على تفويض بالتشريع استناداً لنص المادة ٦٦ من الدستور لتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب .

ومن جهة أخرى فقد عهد الدستور إلى السلطة القضائية بالفصل في المنازعات والخصومات عى النحو المبين في الدستور ، فنص في المادة ١٦٥ على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » .

وحيث أن الدستور - في اتجاهه إلى ترسيم النظم المعاصرة ، ومتابعة خطاها ، والتقييد بمنهجها التقدمية - نص في المادة ٦٦ منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها ، وكان الدستور قد دل بهذه المادة على أن لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها

أحوال بذاتها حددها هذا القانون حصراً ، وتناولها تفصيلاً بالبيان ، فلا تكون الأغذية ضارة بالصحة أو فاسدة أو تالفة إلا وفق عناصر موضوعية تقوم بهذه الأغذية ، أو تحصل بها ، ويكون ثبوتها مانعاً من تداولها ، وقاطعاً لانتهاء صلاحيتها لاستهلاكها آدمياً . إذا كان ذلك ، وكان المتهم قد قدم إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً من أغذية الإنسان (الحوم) فاسداً مع علمه بذلك ، وكان المحضر الذي حرره مأمورو الضبط القضائي عن الواقعة محل الاتهام يتضمن عرضه للبيع لعماً ذبح خارج المجازر العامة ، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتناول عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ التي تنص على أن تعتبر أجزاء الذبائح الغير مختومة بالخاتم الرسمي ، والمعروضة للبيع غير صالحة لاستهلاكها آدمياً ، فإن حكم هذه الفقرة يكون منسحباً إلى أمرين :

أولهما ، أن اللحوم المعروضة للبيع تعتبر فاسدة لمجرد عدم ختمها بالخاتم الرسمي لأحد المجازر العامة .

ثانيهما ، أن عارضها يعلم بفسادها ، بما مؤدها أن القرينة القانونية التي تضمنها النص المطعون فيه لا تقوم على مجرد افتراض القصد الجنائي ، بل تجاوز ذلك إلى افتراض مادية الأفعال التي تتكون الجريمة منها .

وحيث أن الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ، يقرر الحريات والحقوق العامة ، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحيتها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أى منها في أعمال السلطة الأخرى ، أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي ناطها الدستور بها .

القضائية وقصرها عليها ، إلا كان هذا افتتاشاً على ولايتها وإخلاقاً بمبدأ الفصل بين السلطات .

وحيث أن الدستور كفل في مادته السابعة والستين الحق في المحاكمة النصفة بما تنص عليه من أن المتهم برئ، حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة والحادية عشرة التي تقرر أولهما أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية ، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ، تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية ، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه ، وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية في أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه .

وهذه الفقرة التي تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها ، وهي تردد قاعدة استقرار العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية ، وتقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعصوم بها في الدول المتحضرة ، وهي بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعصوم بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور في المادة ٤٦ بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه ، ولا يجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً ، أذ هي ضمان مبدئي لرد العدوان على حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، وهي التي تكفل تمتعه بها في إطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها وإن كان لا يقتصر على الاتهام الجنائي ، وانم يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق الماثرة فيها

بغيره يتمثل أساسياً في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي ، مفصلاً بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائي ابتداءً - في زواجه ونواحيه - هو مادية الفعل المؤخذ على ارتكابه ، إيجابياً كان هذا الفعل أم سلبياً ، ذلك أن العلاقات التي ينظمها هذا القانون في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه ، ومحورها الأفعال ذاتها ، في علامتها الخارجية ، مظاهرها الواقعية ، وخصائصها المادية ، إذ هي مناط التأثيم وعقله ، وهي التي يتصور إثباتها ونفيها ، وهي التي يتم التمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها البعض ، وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها ، وتقدير العقوبة المناسبة لها ، بل أنه في مجال تقدير توافر القصد الجنائي ، فإن محكمة الموضوع لا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام التي قام الدليل عليها قاطعاً واضحاً ، ولكنها تجيل بصرها فيها ، منقبة من خلال عناصرها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها ، ومن ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية ، ولا يتصور بالتالي وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي ، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم ، والنتائج التي أحدثتها بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه ، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس التواهي التي يضرها الإنسان في أعماق ذاته - تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مؤاخذاً عليه قانوناً ، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها ، وتم التعبير عنها خارجياً في صورة مادية لا تغطنها العين ، فليس ثمة جريمة .

وحيث أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية ابتداءً ، أو تفويض السلطة التنفيذية في إصدارها في الحدود التي بينها الدستور ، لا يخول أيتهما التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة

ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها ، وليس بنوع العقوبة المقررة لها ، وينسحب إلى الدعوى الجنائية فى جميع مراحلها ، وعلى إمتداد إجراءاتها ، فقد غدا من المحتم أن يرتب الدستور على افتراض البراءة عدم جواز نقضها بغير الأدلة الجازمة التى تخلص إليها المحكمة ، وتتكون من جماعها عقيدتها .

ولازم ذلك أن تطرح هذه الأدلة عليها ، وأن تقول هى وحدها كلمتها فيها ، وألا تفرض عليها أى جهة أخرى مفهوماً محدداً للدليل بعينه ، وأن يكون مرد الأمر دائماً إلى ما استخلصته هى من وقائع الدعوى ، وحصلته من أوراقها ، غير مقيدة بوجهة نظر النيابة العامة أو الدفاع بشأنها .

وحيث أنه على ضوء ما تقدم ، تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى مجموعة من القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح ، ويتوخى بالأسس التى يقوم عليها ، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحرمة الحياة الخاصة ، وبطاعة القيود التى تنال من الحرية الشخصية ، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها فى مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعى بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التى ينفذها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته أو أن تكون القواعد التى تتم محاكماتها على ضوئها ، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز التزول عنها أو الانتقاص منها ، وهذه القواعد - وإن كانت إجرائية فى الأصل - إلا أن تطبيقها فى مجال الدعوى الجنائية - وعلى امتداد مراحلها يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية ، ويندرج تحت أصل البراءة كقاعدة أولية

من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً فى الدعوى الجنائية ، وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة ، وبغض النظر عن درجة خطورتها .

وعلة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديداً لحقه فى الحياة ، وهى مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد فى الحرية من ناحية ، وحق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، ويتحقق ذلك كلما كان الاتهام الجنائى معروفاً بالتهمة ، مبنياً بطبيعتها ، مفصلاً أدلتها وكافة العناصر المتصلة بها ، وبإعادة أن يكون الفصل فى هذا الإتهام عن طريق محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون ، وأن تجري المحاكمة علانية ، وخلال مدة معقولة ، وأن تستند المحكمة فى قرارها بالإدانة - إذا خلصت إليها - إلى موضوعية التحقيق التى تجر به ، وإلى عرض متجرد للحقائق ، وإلى تقدير سائغ للمصالح المتنازعة وتلك جميعها من الضمانات الجوهرية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، ومن ثم كلفها الدستور فى المادة ٦٧ ، وقرنها بضمانتين تعتبران من مقوماتها ، وتندرجان تحت مفهومها ، هما افتراض البراءة من ناحية ، وحق الدفاع لدحض الإتهام الجنائى من ناحية أخرى ، وهو حق عززته المادة ٦٩ من الدستور بنصها على أن حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة مكفول وحيث أن الدستور يكفل للحقوق التى نص عليها فى صلبه الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية ، وكان استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد المنصفة أنفة البيان عند فصلها فى الاتهام الجنائى ، تحقيقاً لمفاهيم العدالة حتى فى أكثر الجرائم خطورة ، لا يعدو أن يكون ضماناً أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التى كفلها الدستور لكل مواطن - بغير الوسائل القانونية التى لا يترخص أحد فى التقيد بها ، والتزول عنها ، وكان افتراض براءة المتهم يمثل أصلاً

عليها ، فقد ولد حراً مبرداً من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه ، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاه جازم لا رجعة فيه ، هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مشبته بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها ، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها ، وبغير ذلك لا يندم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التي يستق إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور ، ويعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل ، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها ، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية وتطبيقها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالتها الحيوية ، وليوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتعامل ، بما يحول دون اعتبار واقعة ثابتة بغير دليل ، بما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشؤها .

حيث أن الدستور - إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة التي كفل حمايتها في المادتين ٣٢ و٣٤ - توكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - ولم يميز الأساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها ، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعمل المتواصل على إنقاذها ، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها ، معبداً بها الطريق إلى التقدم ، كافلاً للتنمية أهم أدواتها ، محققاً من خلالها إرادة الإقدام ، هاجعاً إليها لتوفر ظروفها أفضل حرية الاختيار والتقرير ، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده ، مهيمناً عليها ليهتص دون غيره بشمارها

تفرضها الفطرة ، وتوجبها حقائق الأشياء ، وهي بعد قاعدة حرص الدستور على إبرازها في المادة ٦٧ مؤكداً بضمونها ما قرره المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما سلف بيانه ، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان .

وحيث أن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبهاً فيه ، أو متهماً ، باعتبارها قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها - لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين - وإنما لتدبر بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام ، ذلك أن الاتهام الجنائي في ذاته لا يزعج أصل البراءة الذي يلازم الفرد دوماً ولا يزياله ، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة ، أو أثباتها وعى امتداد حلقاتها ، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه في إجرائها ، ولا سبيل بالتالي لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاقتناعية مبلغ الجزم واليقين ، بما لا يدع مجالاً لمعقولا لشبهة انتفاء التهمة ، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيه ، وصار باتاً .

وحيث أن افتراض البراءة لا يتحضر عن قرينة قانونية ، ولا هو من صورها ، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحصيل للإثبات من محلة الأصلية مثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به ، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها ، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افتراضها الدستور فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها - innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption it does not rest on any other proved facts , it is assumed يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان

أجزاء الذبائح الغير المختومة بخاتم المجرز الرسمى ، والمعروضة للبيع ، غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، ويتمتع إعدامها ، قد قطعت بأن اللحوم التى يتم عرضها على هذا النحو ، يفترض فيها - وللمجرد عدم ختمها بذلك الخاتم - إضرارها بالصحة ، أو فسادها ، أو تلفها ، وذلك بالمخالفة لنص فقرتها الأولى التى لا تميز عرض اللحوم أو بيعها إذا كانت لا تصلح فى ذاتها لاستهلاكها آدمياً ، ولنص المادة ٢٣ من هذا القرار التى لا تميز اعدام لحوم الحيوانات التى تذبح بالمخالفة لأحكام المواد ٩- ١٠ ، ١٣٦ ، ١٣٧ (أ) من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ إلا إذا كانت غير صالحة للاستهلاك الآدمى ، فإن كانت صالحة لذلك ، وجب بيعها ورد ثمنها إلى صاحبها إذا حكم نهائياً ببراءته ، وكذلك لنص المادة ١٣٦ من هذا القانون التى يبين منها أن المجازر الرسمية لا توجد فى كل مدن مصر وقراها ، بل فى عدد منها .

وحيث أن الفقرة الثانية المطعون عليها ، تناقض كذلك ما قرره القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، من قواعد قانونية حدد بها حصراً الأحوال التى تعتبر فيها الأغذية ضارة بالصحة ، أو تالفة ، أو فاسدة ، أذ يبين منها أن اللحوم لا تعتبر كذلك إلا لحوار كامن فيها ، أو اتصل بها ، بما يتول إلى تلوثها وبغير من تركيبها أو قوامها أو يخرجها بوجه عام من طبيعتها ، لتتحتضن أضرار من يتناولها ، بما مؤداه أن هذا الضرر يلحق الأغذية ذاتها ، ولا يقوم مستقلاً عن كوامن إصابتها ، بل يعتبر متصلاً بها اتصال قرار ، ليكون ثبوتها أو انتفاؤها دليل عدم صلاحيتها آدمياً لاستهلاكها ، أو مدار برئها من أمراضها .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكانت التهمة الثانية التى نسبته النيابة العامة إلى المتهم ، تقوم على عرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان مع علمه

ومستجاتها وملحقاتها ، فلا يرد عنها معتد ، ولا ينجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، وليعتمد بها من دون الآخرين ، وليلتزم من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها ، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقصها أو بانتقاصها من أطرافها ، ولم يعد جائزاً بالتالى أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها ، أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تنفرغ عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصباً ، واقتنائاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها ، ويقدر اتساع قاعدة الملكية تتعد روافدها ، وتتفرع استخداماتها ، لتشكّل نهراً يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز إهدارها ، أو التفريط فيها أو بعثرتها لتلبد لقيمتها ، ولا تنظيمياً بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها ، وضرورة تقييدها نأياً بها عن الانتهاز ، أو الإضرار بحقوق الآخرين ، ذلك أن الملكية - فى إطار النظم الوضعية التى تزأج بين الفردية وتدخّل الدولة - لم تعد حقاً مطلقاً ، ولا هى عصية على التنظيم التشريعى ، وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها .

ومن ثم ساع تحميلها بالقيود التى تتطلبها طبيعتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد ناطقتها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكماً ، بل قليها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقرماتها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للمحد من إطلاقها ، لا تعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة .

وحيث أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القرار الوزارى رقم ١٧ لسنة ١٩٦٦ - بنصها على أن تعتبر

خلاف الأصل - أن تقيم الدليل على إدعائها ، إلا أن النص المطعون فيه أعفاها من التزامها هذا ، وأحلها كذلك من التدليل على توافر القصد الجنائي في الجريمة محل الاتهام ، منحيًا بذلك المحكمة الموضوع عن تحقيق أركانها ، وهو ما يعد انتحالاً تشريعياً لاختصاص مغول للسلطة القضائية ، وإهداراً لافتراض البراءة من التهمة التي نسبتها النيابة العامة إلى المتهم في كل وقائعها وعناصرها ، وإخلالاً بالحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً لكل إنسان .

وحيث أن المقرر كذلك أن افتراض البراءة يقتصر دائماً من الناحية الدستورية - وضمان فعاليتها - بوسائل إجرائية إلزامية ، تعتبر من زاوية دستورية وثيقة الصلة بالحق في الدفاع ، من بينها حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة ، وكذلك الحق في نفيها بأدلة النفي التي يقدمها ، وكان النص المطعون فيه قد أدخل بهذه الوسائل الإجرائية ، وذلك بأن جعل المتهم مواجهة بواقعة أثبتتها القرينة في حقه دون دليل بظاهرها ، ومكلفاً بنفيها خلافاً للأصل في الأشياء ، وبما يناقض افتراض البراءة ويجرده من محتواه عملاً ، ويخل بضمانه الدفاع التي لا يجوز في غيابها تحقيق الواقعة محل الاتهام الجنائي ، أو إدانة المتهم عنها ، وكان النص المطعون فيه فوق هذا قد حتم إعدام الذبائح التي اعتبرها «حكماً» فاسدة أو تالفة أو مضرّة بالصحة ، وهو ما يعد عدواناً منه على حق الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها ، فإن هذا النص يكون مخالفاً لأحكام المواد ٣٢ و٣٤ و٤١ و٤٦ و٤٧ و٤٩ و٦٥ من الدستور .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار نائب رئيس الوزراء ووزير الزراعة والأمن القسائي رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن ذبح الحيسوانات وتجارة اللحوم ، وألزمت الحكومة المصروفات ، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

بذلك ، وكان الافتراض المقرر بالفقرة الثانية المطعون عليها ، مبناه قرينة قانونية أحل بها المشرع واقعة عدم ختم الذبائح المعروضة للبيع بالخاتم الرسمي ، محل مادية الأفعال محل الاتهام وإرادة ارتكابها مع العلم بالوقائع التي تعطيها دلالتها الإجرامية ، ليكون ثبوت الواقعة البديلة دالاً على وقوع الجريمة في ماديتها ، واقتراثها بالقصد الجنائي ، فإن النص المطعون فيه يكون معقياً للنسبة العامة من التزامها الأصل بالتدليل على قيام كل ركن يتصل ببيان الجريمة ، ويكون من عناصرها .

وحيث أنه فضلاً عما تقدم ، فإن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية ، التي يتعين أن يكون الدليل على توافر عناصر جميعها يقينياً لا ظنياً أو افتراضياً ، وكان الاختصاص المقرر دستورياً للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقدير عقوباتها ، لا يخولها التدخل بالقرائن التي تنتشها لفل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وكان الأصل في القرائن القانونية - قاطعة كانت أم غير قاطعة - هو أنها من عمل المشرع ، إذ يحدد مضمونها على ضوء ما يكون في تقديره معبراً عما يقع غالباً في الحياة العملية *l'idée de probabilité* وكانت القرينة القانونية في المجال الجنائي - لا تعتبر كذلك ، ذلك أن الأصل في الذبائح هو خلوها من أمراضها أو ما يخرجها بوجه عام عن طبيعتها ، والأمر العارض هو انتفاء سلامتها وتعميبها ، ولا يكون ذلك إلا بالوسائل العلمية وحدها يباشرها أهل الخبرة والمتخصصون ، وما ذلك ألا حملاً على قاعدة أصولية ثابتة مفادها أن الأصل في الصفات العارضة العدم ، وقد نقض المشرع بالقرينة التي أضافها ما يفترض أصلاً في الذبائح ، وهو صلاحية استهلاكها آدمياً ، وكان يجب على النيابة العامة - وهي تدعى

(١٦)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

الجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج
يوسف والدكتور / عبد المجيد فياض
ومحمد على سيف الدين ومحمد عبد
القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدي أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المفيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المناقشة من :

السيد / أحمد فؤاد على عيسى

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس مجلس الشعب .

٣ - السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٤ - السيد / وزير التموين والتجارة الداخلية .

٥ - السيد / وزير الصناعة .

٦ - السيد / وزير الصحة .

٧ - السيد / وزير العدل .

٨ - السيد المستشار / النائب العام .

الإجراءات

بتاريخ الحادى والعشرين من سبتمبر سنة ١٩٩٤
أودع المدعى صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً
الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١)
من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ فيما
تضمنه من افتراض العلم بالقرش أو الفساد إذا كان
المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ما
لم يثبت حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة اختتمتها بطلب
الحكم برفض الدعوى . وبعد تحضير الدعوى أودعت
هيئة المفوضين تقريراً برأيها . ونظرت الدعوى على
الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار
الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى
وسائر الأوراق - تتحصل فى أن النيابة العامة قدمت
المدعى إلى المحاكمة الجنائية أمام محكمة جنح الساحل
فى قضية الجنحة رقم ١٢٠١ لسنة ١٩٩٤ بوصف أنه
فى يوم ١١/٢٠/١٩٩٣ بدائرة قسم الساحل عرض
شيئاً من أغذية الإنسان غير مطابق للمواصفات على
النحو المبين بالأوراق ، وطلبت عقابه بالمواد ١/٢ ، ٧ ،
٨ ، ٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس

التدليس والغش مستعيباً عن نص المادة الثانية
السالف بيانها بالنص الآتي :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا يجاوز
خمس سنوات ، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ،
ولا يجاوز ثلاثين ألف جنيه ، أو ما يعادل قيمة السلعة
موضوع الجريمة أيهما أكبر :

١- كل من غش أو شرع في أن يغش شيئاً من أغذية
الإنسان أو الحيوان ، أو من العقاقير ، أو النباتات
الطبية ، أو الأدوية أو من المحاصيل الزراعية ،
أو من المنتجات الطبيعية ، أو من المنتجات
الصناعية معداً للبيع ، كذلك كل من طرح أو
عرض للبيع أو باع شيئاً من هذه الأغذية أو
العقاقير أو النباتات الطبية أو الأدوية أو
المحاصيل أو منتجات مغشوشة كانت أو فاسدة ،
أو أنهى تاريخ صلاحيتها مع علمه بذلك . »

و حيث أن من المقرّر في قضاء المحكمة الدستورية
العليا ، أن إلغاء المشرع لقاعدة قانونية بذاتها ، لا
يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من
طبقت عليه خلال فترة نفاذها ، وترتبت بمقتضاها آثار
قانونية بالنسبة إليه تتحق بإبطالها مصلحته الشخصية
المباشرة ، ذلك أن الأصل في القاعدة القانونية هو
سريانها على الوقائع التي تتم خلال الفترة من تاريخ
العمل بها وحتى إلغائها ، فإذا استعيب عنها بقاعدة
قانونية جديدة ، سرت الواقعة الجديدة من الوقت المحدد
لتنفيذها ، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ
إلغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من
القاعدتين ، فما نشأ في ظل القاعدة القانونية القديمة
من المراكز القانونية ، وجرت أثارها خلال فترة نفاذها ،
يظل محل محكوماً بها وحدها .

وحيث أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة - وهي
شروط لقبول الدعوى الدستورية - أن يكون ثمة ارتباط
بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ،

والغش ، وكذلك مواد القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦
يشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها ، وبجلسة
١٩٩٤/٤/٢٣ قضت محكمة جتج الساحل بحضورياً
بتفريم المدعى مائتي جنيه والمصادرة ، ونشر الحكم في
جريدتين وأسعتى الانتشار استأنف المدعى ذلك الحكم
أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية في قضية الجنحة
المستأنفة رقم ٦٧١٩ لسنة ١٩٩٤ س . شمال وبجلسة
١٩٩٤/٦/٢٣ دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة
الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ - المشار
إليه ، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه ، فقد
صرحت له برفع دعواه بعدم الدستورية ، وحددت لنظر
الدعوى الموضوعية جلسة ١٩٩٤/١٢/١ ، فأقام
الدعوى الماثلة .

وحيث أن المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة
١٩٤١ بقم التدليس والغش - المشار إليه - كانت
تنص - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ -
على ما يأتي :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة
لا تقل عن مائة جنيه ولا يجاوز ألف جنيه أو بإحدى
هاتين العقوبتين :

١- من غش أو شرع في أن يغش شيئاً من أغذية
الإنسان أو الحيوان أو من العقاقير أو من
المحاصيل الزراعية أو الطبيعية معداً للبيع ، أو
من طرح أو عرض للبيع أو باع شيئاً من هذه
الأغذية أو العقاقير أو المحاصيل ، مغشوشة
كانت أو فاسدة ، مع علمه بذلك .

ويقترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من
المشتغلين بالتجارة ، أو من الباعة الجائلين ، ما لم يثبت
حسن نيته ، ومصدر الأشياء موضوع الجريمة . »

وحيث إنه بتاريخ ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٩٤ نشر
بالجريدة الرسمية القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل
بعض أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقسم

على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون » .

وحيث أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين - طبقاً للعادة (٨٦) من الدستور - لا يدخلها التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها . وإلا كان هذا افتئاتاً على ولايتها ، وإخلالاً بهيكل الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية .

وحيث أن الدستور عني في مادته السابعة والستين بضمان الحق في المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته العاشرة والحادية عشرة التي تقر أولهما أن لكل شخص حقاً مكتسباً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية ، ومنصفة ، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ، تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية ، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه ، وترد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية في أن تفترض برأته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه .

هذه الفقرة التي تستمد منها المادة ٦٧ من الدستور أصلها ، وهي تردد قاعدة استقرار العمل على تطبيقها في الدول الديموقراطية ، وتقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعصولة بها في الدول المتحضرة ، وهي بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العلمية كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية

وذلك بأن يكون الفصل في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي ، وكان جوهر الطعن ينصب على تحديد المكلف بحمل عبء الإثبات في جريمة عرض شيء من أغذية الإنسان - مغشوشاً أو قاسداً - من زاوية دستورية ، فإن الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية المشار إليها - قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ أنف البيان - هي التي يتحدد بها نطاق الطعن بعدم الدستورية .

وحيث أن المدعى ينعي على النص المطعون فيه أنه إذ أقام قرينة قانونية افترض بمقتضاها علم التاجر أو البائع الجائل بفش الأغذية التي يعرضها للبيع أو فسادها إذا لم يثبت حسن نيته ومصدر الأشياء موضوع الجريمة ، ويكون قد خالف افتراض البراءة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور .

وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرد على أن الدستور هو القانون الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ، يقرر الحريات والحقوق العامة ، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها ، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى ، أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي ناطها الدستور بها .

وحيث أن الدستور اختص السلطة التشريعية بسن القانون وفقاً لأحكامه ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، ويقر السياسة العامة للدولة ، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية ... كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وذلك كله على الوجه المبين بالدستور » . كما اختص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات والخصومات على النحو المبين في الدستور ، فنص في المادة ١٦٥ منه

وحيث أن الدستور يكفل للحقوق التي نص عليها في صلبه الحماية من جواربها العلمية وليس من معطياتها النظرية ، وكان استيقاق المحكمة من مراعاة القواعد المنصفة أنفة البيان عند فصلها في الإتهام الجنائي ، تحقيقاً لفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة ، إفا هو ضمانة أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التي كفلها الدستور لكل فرد - بغير الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكامه وكان افتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها ، وليس بنوع العقوبة المقررة لها ، وينسحب إلى الدعوى الجنائية في جميع مراحلها ، وعلى امتداد إجراءاتها ، فقد كان من المحتم أن يرتب الدستور على افتراض البراءة عدم جواز نقضها بغير الأدلة الجازمة التي تخلف إليها المحكمة ، وتتكون من جماعها عقيدتها . ولازم ذلك أن تطرح هذه الأدلة عليها ، وأن تقول هي وحدها كلمتها فيها ، وألا تفرض عليها أية جهة أخرى مفهوماً محدداً للدليل بعينه ، وأن يكون مرد الأمر دائماً إلى ما استخلصته هي من وقائع الدعوى ، وحصلته من أوراقها ، غير مقيدة بوجهة نظر النيابة العامة أو الدفاع بشأنها .

وحيث أنه على ضوء ما تقدم ، تشمل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تمكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح ، ويتوخى بالأسر التي يقوم عليها ، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها ، وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحرمة الحياة الخاصة ، وبوطاة القيود التي تنال من الحرية الشخصية ، ولضمان أن تتقيد السلطة التشريعية عند مباشرتها لمهمتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الإجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي يناقضها أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته أو تكون القواعد التي تتم محاكمتها على ضوءها ، مصادمة للمفهوم الصحيح

الشخصية التي قضى الدستور في المادة ٤١ بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه ، ولا يجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيراً ضيقاً ، إذ هي ضمان مبدئي لرد العدوان على حقوق المواطن وحياته الأساسية ، وهي التي تكفل قتمعه بها في إطار من الفرص المتكافئة ، ولأن نطاقها وأن كان لا يقتصر على الإتهام الجنائي ، ولما يمتد إلى كل دعوى ولو كانت الحقوق المارة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر أكثر لزوماً في الدعوى الجنائية ، وذلك أياً كانت طبيعة الجريمة ، وبغض النظر عن درجة خطورتها .

وعلة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة إما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديداً لحقه في الحياة ، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية ، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، ويتحقق ذلك كلما كان الإتهام الجنائي معروفاً بالتهمة ، مبيناً طبيعتها ، مفصلاً أدلتها وكافة العناصر المتصلة بها ، وبمراعاة أن يكون الفصل في هذا الإتهام عن طريق محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون ، وأن تجري المحاكمة علانية ، وخلال مدة معقولة ، وأن تستند المحكمة في قرارها بالإدانة - إذا أخلصت إليها - إلى موضوعية التحقيق التي تجريه ، وإلى عرض متجرد للحقائق ، وإلى تقدير سائغ للمصالح المتنازعة وتلك جميعها من الضمانات الجوهرية التي لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، ومن ثم كلفها الدستور في المادة ٦٧ منه وقرنها بضمانتين تعتبران من مقوماتها ، وتندرجان تحت مفهومها ، هما افتراض البراءة من ناحية ، وحق الدفاع لدحض الإتهام الجنائي من ناحية أخرى ، وهو حق عززته المادة ٦٩ من الدستور بمنصها على أن حق الدفاع بالأصالة أو بالوكالة مكفول .

تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به ، الى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها ، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون ، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور ، فليس ثمة واقعة احلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها - Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption it does not rest on any other proved facts , it is assumed is وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها ، فقد ولد حراً مسرراً من الخطيئة أو المعصية ، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه ، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه ، هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجرمية التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها ، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها ، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلباً فيها ، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة ، إذ هو من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور ، ويعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل ، واضحة وضح الحقيقة ذاتها ، تقتضيها الشرعية الإجرائية ، ويعتبر إنفاذاً مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجاتها الحيوية ، ول يوفر من خلالها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحاميل ، بما يحول دون اعتبار واقعة ثابتة بغير دليل ، بما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقرينة قانونية ينشئها .

وحيث أن النص المطعون فيه بعد أن أنصح عن أن جريمة غش الأغذية أو عرض أغذية مفسوشة أو فاسدة للبيع جريمة عمدية ، بأشتراطه العلم بغش المادة موضوعها أو فسادها ، نص على أن هذا العلم يفترض

لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوقي المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاض منها ، وهذه القواعد - وأن كانت إجرائية في الأصل - إلا أن تطبيقها في مجال الدعوى الجنائية - وعلى امتداد مراحلها يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية ، ويندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة أولية تليها الفطرة ، وتفرضها مبادئ الشريعة الإسلامية في قوله عليه السلام « ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فاخفوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » ، وهي بعد قاعدة حرص الدستور على إبرازها في المادة ٦٧ منه ، مؤكداً بمضمونها ما قرره المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان .

وحيث أن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء كان مشتبهاً فيه ، أو متهماً ، باعتباره قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أفقرتها الشرائع جميعها - لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين - وإنما لتدبراً بموجبها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة المنسوبة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام ، ذلك أن الاتهام الجنائي في ذاته لا يزحزح أصل البراءة الذي يلازم الفرد دوماً ولا يزاله ، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة ، أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها ، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه في إجراءاتها ، ولا سبيل بالتالي لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاتقافية مبلغ الجزم واليقين ، بما لا يدع مجالاً لمعقولا لشبهة انتفاء التهمة ، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيها ، وصار باتاً .

وحيث أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية ، ولا هو من صورها ، ذلك أن القرينة القانونية

فى جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين ما لم يثبت المخالف حسن نيته ومصدر الأشياء - موضوع الجريمة ، وبذلك أحل المشرع توافر صفة معينة فى المتهم محل واقعة علمه بغش أو فساد ما يعرضه من أغذية ، منشأً بذلك قرينة قانونية يكون ثبوت الواقعة البديلة بموجبها ، دليلاً على ثبوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعة التى كان ينهض أن تتولى النيابة العامة بنفسها مسئولية إثباتها فى إطار التزامها الأصل بإقامة الأدلة المؤيدة لإسناد الجريمة بكامل أركانها إلى المتهم ، وبوجه خاص « القصد الجنائى العام » مثلاً فى إرادة إتيان الفعل ، مع العلم بالوقائع التى تعطيه دلالة الإجرامية .

وحيث إن القرينة القانونية التى تضمنها النص المطعون فيه على النحو المتقدم لا تعتبر من القرائن الناطقة ، إذ الأصل فى القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها ، ولا تكون القرينة قاطعة إلا بنص خاص يقرر عدم جواز هدمها ، وقد التزم قانون قمع التدليس والغش الأصل العام فى القرائن القانونية بما قرره المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين رقمى ٨٠ لسنة ١٩٦١ و ١٠٦ لسنة ١٩٨٠ المعدلين له من أن « افتراض العلم بالغش والفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين ، ينفيه إثبات حسن النية ومصدر الأشياء - موضوع الجريمة ، وأنه من المسلمات أن إثبات حسن النية هو إثبات أن المتهم قد اتبع القواعد المقررة قانوناً أو التى يجرى بها العرف التجارى فى التحقق من أن الأشياء المضمبوطة ليست مفشوشة أو فاسدة » ، « اعتباراً بأن هذا الإثبات سهل ميسور على التجار الذين يراعون واجب الزمة فى معاملاتهم » .

وبذا أضحت النيابة العامة غير مكلفة بإقامة الدليل على هذا العلم ، وغداً نفيه عبئاً ملقى على عاتق المتهم مثلما هو الشأن فى القرائن القانونية ، ذلك أن المشرع هو الذى تكفل باعتباره الواقعة المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة القانونية ، وأعفى النيابة العامة من تقديم الدليل عليها ، إذ كان ذلك ، وكان الأصل فى القرائن القانونية بوجه عام هى أنها من عمل المشرع - على التفصيل السابق إيراد - وهو لا يؤسسها أو يحدد مضمونها إلا على ضوء ما يكون فى تقديره غالباً أو راجعاً فى الحياة العملية ، وكانت القرينة القانونية التى تضمنها النص المطعون فيه - وحتى بافتراض جواز إعمال القرائن القانونية فى المجال الجنائى - تتافى واقع الحياة العملية ، وما يتم فيها فى الأغلب ، ذلك أن هذه القرينة تتعلق ببضائع شتى متنوعة المصادر ، يجرى التعامل فيها عبر حلقات متعددة منذ خروجها من يد منتجها أو جالها إلى أن تصل يد عارضها الأخير ، ويتم تداولها والتعامل فيها على امتداد حلقاتها هذه ، وبافتراض خضوعها لنظم الفحص والرقابة التى تفرضها التشريعات المختلفة ، وتقوم على تنفيذها الجهات الحكومية المختصة فى متابعتها سواء داخل مصادر إنتاجها المحلية ، أو قبل تجاوزها الدائرة الجمركية حال جلبها ، ولأزم ما تقدم ، أن عدم إثبات عارض السلعة الغذائية وما جرى مجراها لمصدرها ، لا يفيد بالضرورة علمه بغشها أو بفسادها ، كما أن تكليفه بإثبات حسن نيته باعتباره من المواطنين الشرفاء الذين يتعاملون فى تلك السلع وفق أصول المهنة ومقتضاياتها لا يعدو أن يكون أمراً عسراً ومتعباً فى آن واحد ، ومن ثم لا ترشح الواقعة البديلة التى اختارها النص المطعون فيه - وفى الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بغش السلعة أو فسادها ثابتة بحكم القانون ولا تربطها علاقة منطقية بها ، وتضد هذه القرينة

افتراض النص المطعون عليه هذا العلم بقرينة لا محل لها ، وتقل عبء نفيه إلى المتهم ، فإن عمله هذا يعد انتحالاً لاختصاص كلفه الدستور للسلطة القضائية ، وإخلالاً بمبدأ الفصل بينها وبين السلطة التشريعية ، ومناقضاً كذلك لافتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه في كل واقعتها وعناصرها .

وحيث أن افتراض براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه يقتدر دائماً من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعبر وسيلة الصلة بالحق في الدفاع ، وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة والحق في حضانها بأدلة النفي التي يقدمها ، لما كان ذلك ، وكان النص المطعون عليه وعن طريق القرينة القانونية التي افترض بها ثبوت القصد الجنائي - قد أدخل بهذه الوسائل الإجرائية بأن جعل المتهم مواجهة بواقعة أثبتتها القرينة في حقه بغير دليل ، ومكلفاً بنفيها خلافاً لأصل البراءة ، ومسطقاً عملاً كل قيمة أسبقها الدستور على هذا الأصل ، وكان النص المطعون عليه - وعلى ضوء ما تقدم جميعه - ينال من مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية ، ومن الحرية الشخصية ، كما يناقض افتراض البراءة ، ويخل بضوابط المحاكمة المنصفة ، وماتشتمل عليه من ضمان الحق في الدفاع ، فزته بذلك يكون مخالفاً لأحكام المواد ٢ ، ٤١ ، ٦٧ ، ٦٩ ، ٨٦ ، ١٦٥ من الدستور .

فلهذه الانسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند (١) من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلهما بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنية مقابل أتعاب المحاماه .

بالتالي مقحمة لإهدار افتراض البراءة ، ومفتقرة إلى أسسها الموضوعية ، ومجاوزة لضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور .

وحيث أنه لما كانت جريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة من الجرائم العمدية التي يعتبر القصد الجنائي ركناً فيها ، وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها ، وعلى ضوء تقديرها للأدلة التي تطرح عليها ، من علم المتهم بحقيقة الأمر في شأن كل واقعة تقوم عليها الجريمة ، وأن يكون هذا العلم يقينياً لا ظاهرياً ولا افتراضياً ، وكان الاختصاص المقرر دستورياً للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوبتها - وعلى ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا - لا يغولها التدخل بالقرائن التي تنشئها لغل يد المحكمة الجنائية عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع عملاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية ، وكان النص المطعون فيه قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية مقحماً بذلك وجهة نظر التي ارتأها في مسألة يعود الأمر فيها بصفة نهائية إلى محكمة الموضوع لاتصالها بالتحقيق الذي تجريه بنفسها تفصيلاً للحقيقية الموضوعية عند الفصل في الاتهام الجنائي ، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه ، ومال ما يسفر عنها إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها ، إذ كان ذلك ، فإن المشرع إذ أعفى النيابة العامة - بالنص المطعون فيه - من إثباتها لواقعة بذاتها تتصل بالقصد الجنائي وتعتبر من عناصره ، هي واقعة علم المتهم بغش السلعة التي يعرضها أو فسادها ، حاجباً بذلك محكمة الموضوع عن تحقيقها ، وعن أن تقول كلمتها بشأنها ، بعد أن

(١٧)

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥م الموافق ٢٠ ذو الحجة ١٤١٥ هـ .

بواسطة السيد المستشار الدكتور /

عوض محمد عوض المر

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين :

الدكتور / محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وسامى فرج
يوسف والدكتور / عبد المجيد فياض
ومحمد على سيف الدين ومحمد عبد
القادر عبد الله

أعضاء

وحضور السيد المستشار الدكتور /

حنفى على جبالى

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد /

حمدي أنور صابر

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا
برقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

الدكتور / أحمد مصطفى بسيونى

ضد

١ - السيد / رئيس الجمهورية .

٢ - السيد / رئيس الوزراء .

٣ - السيد / رئيس مجلس الشعب .

٤ - السيد / رئيس مجلس الشورى .

٥ - السيد / وزير العدل .

٦ - السيد / النائب العام .

٧ - الدكتور / خيرى أحمد السمره .

٨ - الدكتور / حسام الدين أحمد موافى .

٩ - السيد / مدحت أحمد حلمى شاهين .

الإجراءات

بتاريخ ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٩٤ أودع المدعى
صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة طالباً الحكم
بعلم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٢٣
من قانون الإجراءات الجنائية من وجوب تقديم ، المتهم
بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف
أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول
استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية ،
بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى الموظف العام أو
شخص ذى صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ،
وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل المشار إليه فى الفقرة
الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم
أصلياً بعدم قبول الدعوى ، واحتياطياً برفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً
برأيها .

وقد نظرت الدعوى على الوجه المبين بحضور الجلسة ،
وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسته اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة

وحيث أن الرقاع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن النيابة العامة كانت قد أقامت الدعوى الجنائية في القضية رقم ١٠٧٢ لسنة ١٩٩٤ جنح السيدة زينب ضد المدعى وآخرين بوصف أنهم خلال الفترة من ١٩٩٢/٨/٢٨ وحتى ١٩٩٢/١١/٢٩ بدائرة قسم السيدة زينب بمحافظة القاهرة قذفوا وسبوا الدكتور/خيري أحمد السمرة وآخرين علانية بطريق النشر ، وكان ذلك بسبب أداء المجنى عليهما الأول والثاني لأعمال وظيفتهما بأن قسدا المتهم الأول « المدعى » - بسوء نية - إلى المتهمين من الثاني حتى الخامس بيانات ومعلومات غير صحيحة بقصد نشرها ، أسند فيها إلى المجنى عليهم أمراً لو صدقت لأوجبت عقابهم واحتقارهم عند أهل وطنهم ، وذلك بأن أسند إليهم فيها الترخيع من أعمال وظائفهم في عمليات المناقصات والمزايدات الخاصة بتركيب شبكة الغازات الطبية والتكليف المركزي بكلية طب قصر العيني ، والإعلان عن مناقصة لشبكة الغازات الطبية والفائتها أكثر من مرة بغية إسنادها للمدعو مدحت أحمد حلمي شاهين صهر المجنى عليه الأول بطريق الأمر المباشر ، فقام المتهمون من الثاني حتى الخامس بنشر هذه الأمور بهيات وألفاظ تصفهم بالتخريب من أعمال وظائفهم ، وأهدار المال العام والسرقة ، وذلك بقصد الإساءة والتشهير بالمجنى عليهم المذكورين ، وعلى النحو المبين بالتحقيقات وطلبت النيابة معاقبتهم بالمواد ١٧١ ، ١٨٥ ، ١٩٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٢/٣٠٦ ، ٣٠٧ من قانون العقوبات ، والمادة ٢/١٥ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المضافة بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ ، وأثناء نظر الدعوى الجنائية ، دفع المدعى أمام محكمة

الموضوع - بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة (١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية من أنه يجب على المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر في الخمسة أيام الأولى التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى الموظف العام أو شخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه في إقامة الدليل المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، وإذا قدرت المحكمة المذكورة جديدة الدفع بعدم الدستورية ، فقد صرحت للمدعى بإقامة دعواه الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن المدعى ينعى على الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية - في الحدود السلف بيانها - مخالفتها لأحكام المواد ٤٧ ، ٦٧ ، ٦٩ من الدستور ، واستناداً إلى ذات الأسباب التي أقامت عليها المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر بجلسته ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٩٩١ « دستورية » .

وحيث أن المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات تنص في فقرتها الأولى على أنه « يعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق الميسنة بالمادة ١٧١ من هذا القانون ، أمراً لو كانت صادقة ، لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً ، أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه » .

كما تنص فقراتها الثانية على أنه « ومع ذلك ، فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه » .

هذا الإيجاب لا يتجاوز مطالبته بتقديم صور الأوراق التي يستند إليها ، وأسماء الشهود الذين يعتمد على شهادتهم وما يستشهدهم عليه ، وغنى عن البيان أن إيراد هذا الحكم في المادة ١٢٣ بيباب التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق ، ينصرف أيضاً بطريق اللزوم إلى التحقيق بمعرفة النيابة العامة ، إعمالاً للمادة ١٩٩ التي تسحب الأحكام المقررة لقاضي التحقيق على إجراءات التحقيق بمعرفة النيابة العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بها» .

وحيث أن الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات على اختلافها ، كى لا تقتحم إحداها المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية ، أو تتداخل معها ، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة ، ولقد كان تطوير هذه الحقوق والحريات وإثباتها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة ، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية ، وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها ، ولردع كل محاولة للعدوان عليها ، وفي هذا الإطار تزايد الاهتمام بالشئون العامة في مجالاتها المختلفة ، وغدا عرض الآراء المتصلة بأوضاعها ، وانتقاد أعمال القائمين عليها مشمولاً بالحماية الدستورية ، تقليباً لحقيقة أن الشئون العامة ، وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها ، ووسائل النهوض بها ، وثيقة الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة ، وهى تؤثر بالضرورة في تقدمها ، وقد تنعكس بأهدافها القومية ، متراجعة بطموحتها إلى الوراء .

ويتعين بالتالى أن يكون انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته ، حقاً مكفولاً لكل مواطن ، وأن يتم التمكن لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول -كأصل عام - دون إعاقتها ، أو فرض قيود مسبقة على نشرها ، وهى حرية يقتضيها

أما فقرتها الثالثة فنصها « لا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا فى الحالة المبينة فى الفقرة السابقة » ، وتوجب الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية ، على المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات ، « أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر فى الخمسة أيام الأولى التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند ألى الموظف العام أو شخص ذو صفة نهائية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ المعدل لقانون الإجراءات الجنائية ما يلى « من المفهوم أن نص قانون العقوبات على عدم العقاب على القذف فى حق الموظف العام أو ذو الصفة النهائية العامة ، أو المكلف بخدمة عامة ، مبناه أن المشرع قد افترض فى القاذف التأكد بالدليل من صحة ما يرمى به ، وأن أدلته جاهزة لديه قبل النشر ، وإلا كان القذف مجازفة يعتمد مرتكبها على ما يتصيد من أدله ، لذلك يجب التدخل بإلزامه بتقديم هذه الأدلة دون مغل أو تأخير ، وحتى لا تبقى أقدار الناس معلقة مدة قد تطول فيتأذون بهذا التعليق أبلغ الأذى ، وأنه وإن كانت المصلحة العامة قد أباحت الطعن على الموظفين وغيرهم من ذوى الصفات العامة ، فإن هذه المصلحة بعينها تقضى بحمايتهم من المفتريات التى توجه إليهم نكالا بأشخاصهم فتصيب الصالح العام من ورائهم بأفدح الأضرار ، فرؤى لذلك إضافة حكم جديد إلى المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية يوجب على المتهم بارتكاب جريمة قذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقوم عند أول استجواب له - وعلى الأكثر الخمس أيام التالية - ببيان الأدلة على وقائع القذف وإلا سقط حقه فى إثباتها بعد ذلك ، على أن

كاملة ، وأنها فى كل حال لا تمثل إنتقاء من السلطة العامة لحلول بذاتها تستقل بتقديرها وتفرضها عنوة فإن من الصحيح كذلك ، أن الطبيعة الزاجرة للعقوبة التى توقعها الدولة على من يخلون بنظامها ، لا تقدم ضماناً كافياً لصورته ، وأن من الخطر فرض قيود ترفع حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها ، وأن الطريق إلى السلمة القوسمية إنما يكمن فى ضمان الفرص المتكافئة للحوار المفتوح ، لمواجهة أشكال من المعاناة - متباينة فى أبعادها - وتقرير ما يناسبها من الحلول النابعة من الإرادة العامة .

ومن ثم كان منطقياً ، بل وأمرأ محتوماً أن ينحاز الدستور إلى حرية النقاش والحوار فى كل أمر يتصل بالشئون العامة ، ولو تضمن إنتقاداتاً حاداً للقائمين بالعمل العام ، إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معززاً بالقانون ، ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل ، وحرية الأبداع والأمل والخيال ، وهو فى كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه ، بما يعزز الرغبة فى قمعها ، ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها بما يهدد فى النهاية أمن الوطن واستقراره .

وحيث إنه على ضوء ما تقدم ، فإن إنتقاد القائمين بالعمل العام - وأن كان مبرراً - يظل متمتعاً بالحماية التى كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية ، أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها .

وليس جائزاً بالتالى أن تفرض فى كل واقعة جرى إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام ، أنها واقعة زائفة ، أو أن سواء القصد قد خالطها ، كذلك فإن الآراء التى تم نشرها فى حق أحد من يباشرون جانباً من اختصاص الدولة ، لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجهه المصلحة العامة فى أعلى درجاتها من عرض إنحرافاتهما

النظام الديموقراطى ، وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته ، ولكن غايته النهائية الوصول إلى الحقيقة ، من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة ، وعبر الحدود المختلفة ، وعرضها فى آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء فى بعض جوانبها ، أو تتصادم فى جوهرها ، ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض ، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً ، منظوياً على مخاطر واضحة ، أو محققاً لمصلحة مبتغاة .

ومن غير المحتمل أن يكون إنتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحى التصير فيه ، مؤدياً إلى الإضرار بأية مصلحة مشروعة ، وليس جائزاً بالتالى أن يكون القانون أداة تصوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النجابة أو الخدمة العامة ، أو مواطن الخلل فى أداء واجباتها ، ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية ، ويحدد ملامحها الرئيسية ، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ، ولا يفرضها إلا الناخبون ، وكلما نكل القانون بالعمل العام - تخاذلاً أو انحرافاً - عن حقيقة واجباتهم مهدين الثقة العامة المودعة فيهم ، كان تقويم أعوجاجهم حقاً وواجباً مرتبطاً ارتباطاً عميقاً بالمباشرة الفعالة للحقوق التى تتركز فى أساسها على المفهوم الديموقراطى لنظام الحكم ، ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومسئولتها ، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التى فرضها الدستور عليها .

ولا يعدو إجراء الحوار المفتوح حول المسائل العامة ، أن يكون ضماناً لتبادل الآراء على اختلافها ، كى ينقل المواطنين علائقية تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم - ولو كانت السلطة العامة تتعارضها - إحداثاً من جانبهم - وبالسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً .

ولئن صح القول بأن النتائج الصائبة هى حصيلة الموازنة بين آراء متعددة جرى التعبير عنها فى حرية

وأن يكون المواطنون على بينة من دخالها ، ويتعين دوماً أن تتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها ، واستظهار وجه الحق فيها .

وحيث أن الدستور القاتم حرص على النص في المادة ٤٧ منه على أن حرية الرأي مكفولة ، وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون ، وكان الدستور قد كفّل بهذا النص حرية التعبير عن الرأي بمدلول جاء بها ليشمل التعبير عن الآراء في مجالاتها المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، إلا أن الدستور - مع ذلك - عني بإبراز الحق في النقد الذاتي والنقد البناء باعتبارهما ضمانين لسلامة البناء الوطني ، مستهدفاً بذلك تأكيد أن النقد - وإن كان نوعاً من التعبير - وهي الحرية الأصل التي يرد النقد إليها ويندرج تحتها - إلا أن أكثر ما يميز حرية النقد - إذا كان بناء - أنه في تقدير واضعي الدستور ضرورة لازمة لا يقوم بدونها العمل الوطني سوياً على قدميه . وما ذلك إلا لأن الحق في النقد - وخاصة في جوانبه السياسية - يعتبر إسهاماً مباشراً في صون نظام الرقابة المتبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية ، ضرورة لازمة للسلوك المنضبط في الدول الديمقراطية ، وحائلاً دون الإخلال بحرية المواطن في أن « يعلم » ، وأن يكون في ظل التنظيم بالغ التعقيد للعمل الحكومي ، قادراً على النفاذ إلى الحقائق الكاملة المتعلقة بكيفية تصرفه ، على أن يكون مفهوماً أن الطبيعية البناءة للنقد - التي حرص الدستور على توكيدها - لا يراد بها أن ترصد السلطة التنفيذية الآراء التي تعارضها لتحديد ما يكون منها في تقديرها موضوعياً ، إذ لو صح ذلك لكان بيد هذه السلطة أن تصدر الحق في الحوار العام ، وهو حق يتعين أن يكون مكفولاً لكل مواطن وعلى قدم المساواة الكاملة ، وما رمى إليه الدستور في هذا المجال هو ألا يكون النقد

منطوياً على آراء تتعدم قيمها الاجتماعية ، كذلك التي تكون غايتها الوحيدة شفاء الأقدار والضعفان الشخصية ، أو التي تكون منطوية على الفحش أو محض التعريض بالسمعة ، كما لا تقدر الحماية الدستورية إلى آراء تكون لها بعض القيم الاجتماعية . ولكن جرى التعبير عنها على نحو يصادر حرية النقاش أو الحوار ، كذلك التي تتضمن الحض على أعمال غير مشروعة تلبسها مخاطر واضحة تعرض لها مصلحة حيوية .

إذ كان ذلك فإن الطبيعة البناءة للنقد ، لا تفيد لزوماً رصد كل عبارة احتواها مطبوع وتقييمها - منفصلة عن سياقها - بمقاييس صارمة ذلك أن ما قد يراه إنسان صواباً في جزئية بذاتها ، قد يكون هو الخطأ بعينه عند آخرين ، ولا شبهة في أن المدافعين عن آرائهم ومعتقداتهم كثيراً ما يلجأون إلى المخالفة ، وأنه إذا أريد لحرية التعبير أن تنفص في المجال الذي لا يمكن أن تحيا بدونه ، فإن قدرنا من التجاوز يتعين التسامح فيه ، ولا يسوغ بحال أن يكون الشطط في بعض الآراء مستوجباً إعاقة تداولها .

وحيث أن الحماية الدستورية لحرية التعبير - في مجال القائمين بالعمل العام غايتها أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشئون العامة ، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها ، متاحاً ، وألا يحال بينهم وبينها اتقاء لشبهة التعريض بالسمعة ذلك أن ما نضيفه إلى دائرة التعريض بالسمعة - في غير مجالاتها الحقيقية - لتزول عنها الحماية الدستورية ، لا بد أن يقتطع من دائرة الحوار المفتوح المكفول بهذه الحماية ، مما يخل في النهاية بالحق في تدفق المعلومات ، وانتقاد الشخصيات العامة بمراجعة سلوكها وتقييمه ، وهو من متفرع من الرقابة الشعبية النابعة من نقطة المواطنين المعنيين بالحوار العام ، الحريصين على متابعة جوانبها السليمة ، وتقر

موجبة ، بما مؤداه أنه إذا ما حكم بهذا السقوط ، عوّل الناقد باعتباره قاذفاً في حق القائم بأعباء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، ولو كان نقده واقعاً في إطارها ، متوخياً المصلحة العامة ، كاشفاً عن الحقيقة دائماً ، مؤكداً لها في كل جوانبها وجزئيتها ، مقروناً بحسن النية ، مجرداً من غرض التجريح أو التهوين من مركز القائم بالعمل العام ، وهو ما ينحدر بالحق في النقد العام إلى منزلة الحقوق محددة الأهمية ، ويخل بتعمد الآراء التي يتعين أن يشتمل عليها امتياز الحوار العام .

وحيث أن النص المطعون فيه ينال كذلك من ضمانات الدفاع التي لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة ، بل تمتد مظلتها كذلك وما يتصل بها من أوجه الحماية ، إلى المرحلة السابقة عليها ، وهي بعد ضمانات كفلها الدستور من خلال إلزام الدولة بأن تعمل على تقرير الوسائل الملائمة التي تعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرّياتهم ، وهي أكثر ما تكون لزوماً في مواجهة القيود التي تفقد الحرية الشخصية أو تحد منها ، وكذلك كلما ترتب على فواتها سقوط الحق في تقديم الدليل عند الفصل في إتهام جنائي بما يصادم المفهوم الصحيح لأدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، ويناقض بالتالي القواعد المبدئية التي لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، والتي تعكس في جوهرها نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون الحق في الحياة والحرية والشخصية المتكاملة .

ذلك أن من غير المتصور أن يكون دور المحامين رمزياً أو شكلياً ، متخاذلاً أو قاصراً - عن أن يقدم للمتهمين تلك المعونة الفعالة التي يقتضيها النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية ، وقوامها الفرص المتكافئة التي يواجهون من خلالها الأدلة التي طرحتها النيابة

ومؤدى إنكاره أن حرية التقدير لن يزولها ، أو يلتصم طرقيها إلا أكثر الناس اندفاعاً وتهوراً ، أو أقواهم عزماً .

وليس أدعى إلى إعاقة الحوار الحر المفتوح ، من أن يفرض قانون جنائي قسوداً باهظة على الأدلة النافية لتهمة التعريض بالسمعة - في أقوال تضمنتها مطبوع - إلى حد يصل إلى إهدار الحق في تقديمها ، وهو ما سلّكه النص التشريعي المطعون فيه . ذلك أن الأصل وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، هو أن انتقاد القائم بالعمل العام ، أو من كان مضطرباً بأعبائه ، يعتبر أمراً مباحاً بشروط من بينها إثبات الناقد لحقيقة كل فعل أسند إليه ، وقد نظم قانون الإجراءات القانونية في الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ منه الكيفية التي يتم بها هذا الإثبات ، وذلك بإلزام المتهم بأن يقدم للمحقق عند أول إستجواب له وعلى الأكثر في الخمسة الأيام التالية - بياناً بالأدلة على صحة كل فعل أسند إلى القائم بالعمل العام ، وإلا سقط حقه في تقديم الدليل .

وإسقاط الحق في تقديم الدليل على هذا النحو ، لابد أن يعقد السنّة المعنيتين بالعمل العام خوفاً ، وإذا هم اخفقوا في بيانه خلال ذلك الميعاد الذي ضربه المشرع ، وهو ميعاد بالغ القصر .

وعبئاً على هذا النحو من الشغل ، لا بد أن يكون مثبطاً لعزائم هؤلاء المحرصين على إظهار نواحي القصور في الأداء العام ، لأنهم سيتخرجون من إعلان انتقاداتهم هذه ، ولو كانوا يعتقدون بصحتها ، بل ولو كانت صحيحة في واقعها ، وذلك خوفاً من سقوط الحق في تقديم الدليل عليها .

يؤيد ذلك أن السقوط المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه ، هو ما لا تترخص محكمة الموضوع في تقديره ، بل يعتبر مترتباً بحكم القانون تبعاً لتقييم

ولئن صح القول بأن كل إعمال للضوابط المثالية التي تفرضها المهنة على المحامين ، لا يخل بالضرورة بضمانه الدفاع ، وأن معيار تقييم فعاليتها لا يكون بإنكار حق المحامين في الخلق والابتكار بما يعد من خياراتهم فيما يعد لازماً لإدارة الدفاع عن موكلهم ، وإفنا يتحدد هذا المعيار على ضوء ما يعد وفقاً للمقاييس الموضوعية سلوكاً معقولاً يتقيد به المحامون وفقاً لأصول مهنتهم ، وكان من الصحيح كذلك أن النص المطعون فيه يؤول عملاً إلى صمس الحقائق المتعلقة بنواحي التقصير في أداء القائمين بالعمل العام ، فإنه بذلك يكون منحياً لضمانه الدفاع ، ومخالفاً أحكام الدستور التي تتوخى أن تكون المحاكمة الجنائية إطاراً منصفاً للفصل في الاتهام الجنائي ، وأن يكون مدارها وغايتها النهائية ، استكناها للحقيقة بكامل أبعادها ، وبمراعاة أن ضمانه الدفاع هي الدخول إليها ، والطريق إلى تعمق أغوارها ، ومن ثم يكون النص المطعون فيه مخالفاً لأحكام المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٧ ، ٦٧ ، ٦٩ من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية ، من إلزام المتهم بارتكاب جريمة القذف بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له ، وعلى الأكثر في الخمسة أيام التالية ، بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى الموظف العام أو شخص ذو صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وإلا سقط حقه في إقامة الدليل المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات ، مع إلزام الحكومة بالمصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

العامة إثباتاً للجريمة ، مع الحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمونها - لا خلال فترة زمنية محددة لا يحدون عنها - بل كلما كان ذلك ممكناً - وإلي أن تصل المحاكمة الجنائية ذاتها - وعلى إمتداد مراحلها - إلى خاتمتها ، ودون ذلك لا يكون المحامون شركاء للسلطة القضائية في سعيها دأباً للوصول إلى الحقيقة ، وألتماس الوسائل التي تعينها على تخريرها ، كما يقع التمييز - في مجال مواجهة الاتهام الجنائي - بين عناهم النص المطعون فيه من القاذفين في حق القائم بالعمل العام ، وبين غيرهم من المتهمين دون أن يكون هذا التمييز مستنداً إلى أسس موضوعية لها ما يظاهاها ، وهو ما يُعجز المحامين عن إدارة الدفاع عن موكلهم وفق أصول المهنة ومقتضياتها ، وينحدر بضوابط ممارستها إلى حد إهدار مستوياتها الموضوعية التي يفترض أن يكون إلزامها والتزول عليها ، حائلاً دون تقييد الحرية الشخصية بغير إتياع الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الإجرائية أو الموضوعية .

وأن كان الدستور - بالنصوص التي كفل بها ضمانه الدفاع - يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التي ينبغي عليهم تقديمها لموكلهم صوتاً لحقوقهم ، فإن التدخل تشريعياً بما يعوق إنفاذ متطلباتها ، يكون كذلك - ومن باب أولى - ممتنعاً دستورياً ، ذلك أن مسار الدعوى الجنائية - في إطار الأحكام التي تضمنها النص المطعون فيه - لن يكون معبراً عن الحقيقة حتى في صورتها الراجعة ، بل مشككاً في نتيجتها ، ومزعزعاً للثقة في محصولتها النهائية ، وهو ما يعتبر هدماً للعادلة ذاتها بإنكار موجهاتها .

من
قضاء النقض
فى
الإجراءات

(١)

جلسة الأحد

٢ من يناير سنة ١٩٩٤

١ - قانون « سريان القانون من حيث الزمان - عقد إيجار الأماكن »

القانون . سريانه بأثر فوري على ما يقع من تاريخ نفاذه مالم ينص فيه على خلاف ذلك ، آثار العقد ، خضوعها لأحكام القانون الذى أبرم فى ظله مالم تكن أحكام القانون متعلقة بالنظام العام سريانه بأثر فوري على مالم يكن قد اكتمل من المراكز القانونية . قوانين إيجار الأماكن ، سريانه بأثر فوري على عقود الإيجار السارية ولو كانت مبرمة قبل العمل بها .

٢ - إيجار « إيجار الأماكن » الأماكن التى تشغل بسبب العمل :

المساكن التى تشغل بسبب العمل ، عدم سريان أحكام الباب الأول من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عليها م ٢ منه المقابلة للمادة ٢٣ ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . شرطه .

٣ - نقض « أسباب الطعن » « السبب غير المفتح » :

النمى على الحكم المطعون فيه تطبيق لنص المادة ٢ من ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على المسكن محل النزاع وعدم الاستناد إلى إقرار الطاعن فى هذا الشأن وما تسلك به من منح الشركة مساكن أخرى للعاملين بعد إحالتهم للمعاش وإحالتهم للمساكن التى كانوا يشغلونها . نعى غير منتج .

١ - من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية أن أحكام القوانين لا تهرى ألا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، والأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً تخضع لسلطانه الآثار المستقبلية

للمراكز القانونية الخاصة ، ألا فى العقود فتخضع للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد دون أن يكون ثمة تعارض بين هذا المبدأ وبين عدم رجعية القوانين ، وإذ كانت أحكام قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية المتتابعة أمرة ومعقولة بالنظام العام فإنها تسرى بأثر فوري من تاريخ العمل بها على جميع الآثار المترتبة على عقود الإيجار حتى ولو كانت مبرمة قبل العمل بها .

٢ - نص المادة ٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - فى شأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - المقابلة للمادة ٢ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - يدل - على أن المناط فى عدم سريان أحكام الباب الأول فى شأن إيجار الأماكن - من هذا القانون هو ثبوت أن تكون السكنى مردها رابطة العمل بين مالك العين أو القائم عليها - وبين المرخص له بالسكن فيها بسبب هذه الرابطة ، وذلك سواء كان المسكن ملحقاً بالمرافق والمنشآت ، أو غير ملحق بها مادام أن شغله كان بسبب العمل ، ولا يحق للمتنتفع بهذا المسكن التمسك بالهيلة التى أسبغها المشرع فى قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية على مستأجرى الأماكن الخالية بشأن الاعتماد القانونى للعقد - ولا يجوز له أن يرفض إخلاء المكان عند انتهاء علاقة العمل بينه وبين مالك هذا المكان المخصص للعاملين بالمنشأة .

٣ - لما كان الثابت أن محكمة الموضوع قد أقامت قضاها على خضوع المسكن محل النزاع لحكم المادة الثانية من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى تخرج المساكن التى تشغل بسبب العمل عن

٢ - إثبات . محكمة الموضوع

اثبات أو نفى ترك المستأجر للعين المؤجرة وتخليه عنها للغير ، من مسائل الواقع ، إستقلال قاضي الموضوع بتقديرها متى أقام قضاؤه على أسباب سائفة تكفي لحمله .

١ - نص المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة للمادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض على أن المشرع أقام من مزية الإمتداد القانوني لعقد الإيجار زوجة المستأجر وأولاده ووالديه المقيمين معه إقامة مستقرة حالة وفاته أو تركه المسكن دون تحديد لمدة الإقامة بالنسبة لهؤلاء واشترط لمن عداهم مدة الإقامة المستقرة المحددة في هذا النص الذي جاء مطلقاً غير مقيد بجبل واحد من المستأجرين ، فإن هذه القاعدة يطرد تطبيقها سواء كان المستأجر المتوفى أو التارك هو من أبرم عقد الإيجار ابتداء مع المالك أو من استمر العقد قانوناً لصالحه بعد وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين . يؤيد هذا النظر أن المادة ذاتها في آخر فقرتها ألزمت المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن كان يقيم مع المستأجر طالما توافرت فيه الشروط التي يستوجبها تأكيداً لحقهم في البقاء بالعين حداً من إستفحال أزمة الإسكان وإذ ألزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وخول للمطعون ضده الاستفادة من مزية استمرار عقد الإيجار لصالحه لإقامته مع والده الذي إستمر العقد إليه بدوره من مجله المستأجر الأصلي للعين بعد وفاته - إقامة مستقرة تجعله صاحب حق في استمرار عقد الإيجار لصالحه بعد وفاة الوالد المذكور ورتب على ذلك قضاءه برفض الدعوى فإنه يكون قد أعمل صحيح القانون .

نطاق أحكامه ولم يستند إلى إقرار الطاعن في هذا الخصوص كما أن ما تمسك به الأخير من منع الشركة المطعون ضدها بعض العمال مساكين أخرى كمية عينيه بعد إحالتهم إلى التقاعد وإخلالهم من المساكن التي كانوا يشغلونها بسبب العمل لا يتعلق بالتزاع المطروح في الدعوى ويخرج عن نطاقها فلا تلتزم المحكمة بطرحه على بساط البحث ، فمن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه لهذا السبب أياً كان - وجه الرأي فيه - يكون غير منتج .

(الطعن رقم ٢٣٠٧ لسنة ٥٩ق)

(٢)

جلسة الخميس

٦ من يناير سنة ١٩٩٤

٢-١ إيجار د إيجار المالكين . - امتداد عقد الإيجار .

وفاة مستأجر المسكن أو تركه له ، استمرار العقد لصالح زوجته أو أولاده أو والديه المقيمين معه إقامة مستقرة ولأقاربه نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة المقيمين معه مدة سنة سابقة على الوفاة أو التريك م ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة للمادة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . سريان هذه القاعدة سواء كان المتوفى أو التارك مستأجراً أصلياً أو من امتد العقد القانوني لصالحه ، علة ذلك .

٢ - امتداد عقد الإيجار لصالح المستفيدين من حكم المادة ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بعد وفاة المستأجر ، شرطه ، إقامتهم معه بالعين المؤجرة قبل الوفاة أو الترك وألا يترتب عليه إحتجاز المستفيد لأكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتضى المادتان ١٨ ، ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

قضائه إلى عقد إيجار يحرر باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة لها باللغة العربية مخالف للقانون .

- النص في المادة الثانية من الدستور على أن « الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية .. » وفي المادة ١٦٥ منه على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » وفي المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أن « لغة المحاكم هي اللغة العربية ، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود اللذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف اليمين » .

- يدل على أن المشرع عد اللغة العربية من السمات الجوهرية والمقومات الأساسية التي ينهض عليها نظام الدولة ، ما يوجب على الجماعة بأسرها حكومة وشعباً بحسب الأصل الالتزام بها دون أية لغة أخرى كوسيلة للخطاب والتعبير في جميع المعاملات وشتى المجالات على اختلافها ، وفرض المشرع على تعين هذا الحكم في مجال القضاء بإيجاد نص صريح جلي المعنى قاطع الدلالة في أن اللغة العربية هي المعتبرة . أمام المحاكم يلتزم بها التقاضي والقاضي على السواء فيما يتعلق بأجراءات التقاضي أو الاتبات أو إصدار الأحكام ، وقد عالج هذا النص الحالة التي يتحدث فيها الخصوم أو الشهود بلغة أجنبية فأوجب ترجمة أقواله في اللغة العربية ، وحكمه يجري كذلك على سائر المحررات المدونة بلغة أجنبية التي يتساند إليها الخصوم فيتعين لقبول هذه المحررات أن تكون مصحوبة بترجمة عربية لها لذات العلة ، وتحقيقاً للغاية التي استهدفها المشرع من الالتزام باستخدام اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة واحدى الركائز لإعمال سيادتها وبسط سلطانها على أراضيها مما يحتم على الجميع عدم التغريط فيها أو الانتقاص من شأنها على أية صورة كانت ، والقاعدة التي سنتها المادة ١٩ من قانون

٢ - نص المادتين ٨ ، ١/٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يدل - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع اشترط لاستمرار عقد الإيجار للمستفيدين من حكم المادة ١/٢٩ أنفه البيان بعد وفاة المستأجر أن تثبت إقامتهم معه بالعين قبل الوفاة أو الترك وألا يكون المستفيد من الإمتداد محتجزاً لمسكن آخر وأن مناط الاحتياز في هذا الخصوص هو انفراد المستأجر بالسيطرة المادية والقانونية على أكثر من مسكن في آن واحد ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعيه .

٣ - المقرر - أن إثبات أو نفي ترك المستأجر للمعين المؤجرة وتخليه عنها من مسائل الواقع التي يستقل بتقريرها قاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك ما دام الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائفة تكفي لحمله .

(العلم ٢٥٨٣ لسنة ٢٥٨)

(٣)

جلسة الأحد

١٦ من يناير سنة ١٩٩٤

١- دستور . نظام عام « إثبات المحررات بلغة أجنبية » حكم ،

- اللغة العربية ، هي لغة الدولة الرسمية ، وجوب الالتزام بها دون غيرها . م ٢ من الدستور .

اجراءات التقاضي أو الاتبات أو إصدار الاحكام وجوب صدورها باللغة العربية . م ١٩ من قانون السلطة القضائية .

المحررات المدونة بلغة أجنبية شرط قبولها . أن تكون مصحوبة بترجمة عربية . مخالفة ذلك . أثره . البطلان المطلق . تعلق ذلك بالنظام العام . استناد الحكم في

١ - لما كان البين من الأوراق أن المحامي الذي رفع الطعن عن الطاعنين الأول والرابع والتاسع والعاشر والحادي عشر استند فيه إلى التوكيلات الصادرة منهم
الطاعة الشامطة - أرقام ٣٠١ ب لسنة ١٩٩٠ ،
٢٣٧ لسنة ١٩٧٧ ، ١٤٥١ لسنة ١٩٨٣ ، ٢٩ ،
لسنة ١٩٧٩ كفر الزيات ، ١٣٤٠٨ لسنة ١٩٧٩
أسكندرية دون أن يقدمها حتى حجز الطعن للحكم
وكان لا يفي عند تقديمها مجرد ذكر أرقامها في
التوكيلات الصادرة من هؤلاء الآخرين إلى المحامي
الذي وقع على صحيفه الطعن إذ أن تقديم
التوكيلات واجب حتى تتحقق المحكمة من وجودها
وتستطيع معرفة حدود هذه الوكالة وما إذا كانت
تشمل الإذن لهم في تولك محاميين في الطعن
بالتنقض ومن ثم يكون الطعن غير مقبول للتقرير به
من غير ذي صفة بالنسبة للطاعنين المذكورين .

٢ - لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون
المرافعات توجب على المحكمة متى كان الحكم
المطعون فيه صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة
وتخلف بعض المحكوم عليهم عن الطعن فيه - أن
تأمر رافع الطعن باختصاصهم متى قعوداً عن
التدخل في طعنه متضمنين إليه في طلباته ، وكانت
هذه القاعدة تسرى - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة - على حالة القضاء ببطلان أو عدم قبول
الطعن المرفوع من بعض المحكوم عليهم متى رفع
الطعن صحيحاً من الآخرين بحيث لا يؤثر ذلك في
شكل الطعن المرفوع منهم ، على أن يكون لأولئك
الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم - أو
ببطلانه - التدخل متضمنين لزماتهم في طلباتهم
فإذا قعوداً عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر
بأبقى الطاعنين باختصاصهم في الطعن ، وهو ما
يتحقق مع اتجاه الشارع إلى الإقلال من دواعي

السلطة القضائية بهذه المشابة تعد من أصول نظام
القضاء المتعلقة بالنظام العام ، فيترتب على مخالفتها
البطلان المطلق ، ومن ثم يجوز للخصوم التمسك بهذا
البطلان كما للمحكمة آثاره من تلقاء نفسها في أية
حالة كانت عليها الدعوى ، وإذ خالف الحكم المطعون
فيه هذا النظر حين استند في قضائه بإلزام الشركة
الطاعنة بتحرير عقد إجبار للمطعون ضده الأول عن
الشقة موضوع النزاع إلى عقد إجبارها الأصلي الذي
قدمه الأخير متخذاً منه ركيزة أقام عليه قضاء فيما
ذهب إليه من صدور هذا العقد من المالك السابق للعقار
الكائن به الشقة للمطعون ضده الثاني الذي تنازل عنها
للمطعون ضده الأول باعتبارها مكتباً للمحاماه على
الرغم من كونه محرراً باللغة الفرنسية دون تقديم ترجمة
عربية لبياناته ونصوصه التي عول عليها الحكم فإنه
يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٢٣٣٣ لسنة ٥٩ ق)

(٤)

جلسة الاتحاد

١٦ من يناير سنة ١٩٩٤

٢-١ محاماه . وكالة « التوكيل في الطعن بالنقض »
تجزئة « احوال عدم التجزئة » نقض « الخصوم في الطعن »

١ - عدم تقديم المحامي رافع الطعن التوكيلات
الصادرة من الطاعنين إلى من وكلوه من رفعه حتى
حجزه للحكم . أثره . عدم قبول الطعن . مجرد
ذكر أرقامهم لا يفي . علة ذلك .

٢ - المحكوم عليهم في موضوع غير قابل للتجزئة
ببطلان الطعن أو عدم قبوله المرفوع من بعضهم مع
صحته بالنسبة للآخرين . أثره جواز تدخلهم
متضمنين لمن صرح طعنهم . وجوب الأمر باختصاصهم
في الطعن أن قعودوا عن التدخل . م ٢/٢١٨
مرافعات . علة ذلك .

البطالان ، بتغليب موجبات صحة اجراءات الطعن واكتسابها على أسباب بطلاتها أو قصورها ، وسائر أيا اتجاهه في قانون المرافعات الحالي - وعلى ما يبين من مذكرته الإيضاحية إلي عدم وقوف القاضي عند الدور السلبي تاركاً الدعوى لمناضلة أطرافها يوجهونها حسب هوامم ووفق مصالحهم الخاصة ، فمتحه مزيداً من الإيجابية التي تحقق هيمنته على الدعوى . فإذا ما تم اختصام باقي المحكوم عليهم استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات قبوله .

(الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٩٣ ق)

(٥)

جلسة الاتحاد

٢٣ من يناير سنة ١٩٩٤

ايجار « ايجار الاماكن » ، انتهاء مدة الايجار ،

عقود الإيجار الغير خاضعة للقوانين الاستثنائية مؤقتة . عدم تحديد مدتها أو ربط إنهاؤها بأمر مستقبل غير محقق الوقوع أو استحالة معرفة تاريخ إنتهائها . وجوب اعتبار العقد منعقداً للفترة المحددة لدفع الأجرة . لكل من طرفيه الحق في إنهائه بالتنبيه على الآخر في الميعاد القانوني . المادتان ٥٥٨ ، ٥٦٣ مدني .

١ - نص المادتين ٥٥٨ ، ٥٦٣ من القانون المدني - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع اسعز توقيت عقد الإيجار واعتبر المدة وكفاية وأنه كلما تعذر معرفة الزمن الذي جعله المتعاقدان ميقاتاً ينتهي إليه العقد بأن لم تحدد له مدة ينتهي بانتهائها أو عقد لمدة غير معينة لا يمكن معرفة التاريخ الذي ينتهي فيه على وجه التحديد أو ربط انتهائه بأمر مستقبل غير محقق الوقوع أو استحالة معرفة مدة العقد التي قصد المتعاقدان أن يستمر إليها ، وحلاً لما يمكن أن

ينشأ عن ذلك من تنازعات تدخل المشرع بالنص على اعتبار العقد منعقداً للمدة المحددة لدفع الأجرة ، ولم يبق المشرع عند حد تعيين المدة على هذا النحو بل رخص لكل من طرفيه - المؤجر والمستأجر - الحق في إنهاء العقد إذا نبه على الآخر بالإخلاء في الميعاد القانوني المبين في المادة ٥٦٣ سالفه البیان . ولما كان الشايت أن العين محل النزاع قد أجزت لاستعمالها مقهى بأدواته ومعداته المبيته بالقائمة المرفقة بعد الايجار المؤرخ ١٩٦٨/٧/١ وكان النص في البند الرابع منه على أن « مدة الإيجار سنة كاملة تبدأ من أول يوليو سنة ١٩٦٨ وتنتهي في آخر يونيو سنة ١٩٦٩ وللمستأجر الحق في تجديد المدة المذكورة لمدة أخرى مادام قائماً بسداد الالتزام المطلوب منه » . يدل على أن الايجار وأن بدأ سريانه لمدة معينة إلا أنه لحقه الامتداد مره بعد أخرى وفقاً لشروطه وأنه لا يتوقف انتهاء الإيجار على مجرد انقضاء المدة التي امتد إليها العقد بل لابد من أن ينبه المستأجر على المؤجر بانتهاء الإيجار وعدم غيبته في استمراره ، ومالم يحصل هذا التنبيه امد العقد مدة بعد أخرى ويصبح الإيجار غير محدد المدة إذ يتعذر معرفة التاريخ الذي ينتهي اليه العقد على وجه التحديد لأن شروطه جعلت نهاية مدته منوطة بمحض مشيئة المستأجر وحده دون أي ضابط آخر مما يجعل هذه ، المدة غير محددة بعد معين ولما كانت الصلاصة الإيجارية ، يحكمها العقد والنصوص القانونية التي وضعها المشرع مكمله لأحكامه أو منظمة لشروطه فإن نص المادة ٥٦٣ من القانون المدني وقد حدد مدة الإيجار وأجاز لكل من المؤجر والمستأجر طلب إنهائه يكون الواجب التطبيق على عقد الإيجار محل النزاع مما يغول المظنون ضدهم الحق في طلب إنهائه بانقضاء المدة المهيئة لدفع الأجرة بعد التنبيه على الطاعنين بذلك .

(الطعن رقم ٢٣١٤ لسنة ٥٩ ق)

(٦)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

حكم « الطعن في الحكم » « الأحكام غير الجائز

الطعن فيها » « نقض » حالات الطعن »

الطعن بالنقض في الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية . شرطه . فصلها في النزاع خلافاً لحكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحاز به الأمر المقضي . م ٢٤٩ مرافعات .

- المقرر - وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات أن مناط الطعن بطريق النقض في الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية - بهيئة استئنافية - أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي .

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٦ ق)

(٧)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

دعوى « إعلان الدعوى » « اعتبار الدعوى كأن لم تكن »

إعلان :

اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان الدعوى عليه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب بسبب يرجع إلى فعل المدعى جوازى للمحكمة . م ٧٠ مرافعات .

النص في المادة ٧٠ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ المعمول به من تاريخ نشره في ١٩٧٦/٨/٢٦ على أن يجوز بناه على طلب المدعى

عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعى يدل على أن المشرع جعل توقيع الجزاء المذكور منوط بأمرين :

(ولهما : أن يثبت تقصير المدعى في إتمام الإعلان في الميعاد .

ثانيهما : أن توازن المحكمة بين مصلحة المدعى عليه في توقيع هذا الجزاء ومصلحة المدعى في عدم توقيعها وتقدر أي الطرفين أولى بالرعاية من الآخر إذ قد يكون الضرر الذي يصبب المدعى من اعتبار الدعوى كأن لم تكن أشد جسامه من الضرر الذي يصبب المدعى عليه من مجرد بقاء الدعوى قائمة ومنتجة لآثارها دون أن يعلم بها لمدة تجاوز الثلاثة أشهر وبذلك يمكن تحقيق العدالة بين مصلحة كل من الطرفين دون إجحاف بأحدهما .

(الطعن رقم ٣٧٩١ لسنة ٦٢ ق)

(٨)

جلسة الخميس

٢٧ من يناير سنة ١٩٩٤

١ - إيجار « إيجار الأماكن » « التأجير المفروش » .

دعوى « سماع الدعوى » :

جزءاً عدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية م ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . نطاقه . قصره على العقود المبرمة طبقاً للمادتين ٣٩ ، ٤٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، لا محل لإعمال حكمه على عقد تأجير عين مفروشه بقصد استعمالها محل تجارى .

٢ - إيجار « إيجار الأماكن » « هورية » « الثبات الصورية »

الطعن بأن العقد الظاهر يستتر عقداً آخر - هو طعن بالصورية النسبية وجوب الإعتداد بالعقد الظاهر متى

عجز مدعيها عن اثبات ما يدعيه ، تقدير أدلة الصورية من سلطة محكمة الموضوع .

٣ - محكمة الموضوع . خبرة :

محكمة الموضوع . غيره ملزمة بإجابة طلب الخصوم نذب خبير في الدعوى . علة ذلك .

٤ - محكمة الموضوع . سلطتها في فهم الواقع وتقدير الأدلة :

فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والموازنة بينها وترجيح ما يراه منها من سلطة محكمة الموضوع .

٥ - إيجار - إنتهاء الإيجار :

عقود الإيجار الغير خاضعة لأحكام قوانين إيجار الأماكن إنتهائها بانتهاء مدتها بقاء المستأجر منتقماً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه اعتباره تجديدًا للعقد . وجوب مراعاة مواعيد التنبيه بالإخلاء في هذه الحالة المادتان ٥٦٣ ، ٥٩٩ مدنى .

١ - النص فى المادة ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن لا تسع دعاوى المؤجر كما لا تقبل الطلبات المقدمة منه الناشئة أو المترتبة على تطبيق أحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ إلا إذا كانت العقود المبرمة وفقاً لها مقيدة على الوجه النصوص فى المادة السابقة بدل على أن الجزء المنصوص عليه فى المادة ٤٣ بعدم سماع دعوى المؤجر لعدم قيد العقد المفروش بالوحدة المحلية لا محل لإعماله إلا إذا كان الإيجار مبرماً بالتطبيق لأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ من هذا القانون أما إذا كان العقد لا يندرج ضمن الحالات المنصوص عليها فى هاتين المادتين فلا محل لإعمال هذا الجزء الذى قصره المشرع على هذه الحالات وحدها لما كان ذلك وكان تأجير مالك العقار محل مجهز بمقصد

الاستغلال التجارى يخرج عن نطاق الحالات المنصوص عليها فى هاتين المادتين فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يقض بعدم سماع دعوى الطعون ضدكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

٢ - الظن بأن العقد الظاهر يستتر عقداً آخر هو ظن بالصورية النسبية بطريق التستر يقع على من يدعيها عبء إثباتها فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه ، وكان تقدير أدلة الصورية بما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى .

٣ - محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصم بنذب خبير فى الدعوى لأن ذلك يدخل فى نطاق سلطتها التقديرية فى فهم الواقع وتقدير الدليل .

٤ - لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة وترجيح ما تظنن إليه منها .

٥ - مصاد نصوص المواد ٥٦٣ ، ٥٩٨ ، ٥٩٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل فى عقد إيجار المكان غير الخاص لأحكام قوانين إيجار الأماكن أنه ينتهى بانتهاء المدة المعينة فى العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء إلا أنه إذا بقى المستأجر فى العين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه أعتبر الإيجار مجدداً بشروط ذاتها ولكن للفترة المعينة فى العقد لدفع الأجرة وفى هذه الحالة ينتهى الإيجار إذا نه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل النصف الأخير من تلك الفترة إذا كانت أقل من أربعة أشهر ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن عقد إيجار محل النزاع متفق فيه على أن مدة الإيجار سنة من أول نوفمبر سنة ١٩٧٨ حتى آخر أكتوبر سنة

فى التوكيل الصادر من الأخير إلى المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن إذ أن تقديم التوكيل واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفه حدود هذه الوكالة وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل محام فى الطعن بالنقض ، ومن ثم يكون الطعن غير مقبول للتقرير به من غير ذى صفة .

(الطعن رقم ٢٣٣٨ لسنة ٥٩ ق)

(١٠)

جلسة الأحد

٢٠ من فبراير سنة ١٩٩٤

٢-١ إيجار « إيجار الأماكن » « إيجار الأرض الفضاء »
« انتهاء عقد الإيجار » :

١ - ورود عقد الإيجار على أرض فضاء . خضوعه للقواعد العامة فى القانون المدنى دون لوائح إيجار الأماكن ولا يفسر من ذلك وجود مبانى عليها - شرطه - أن يكون ماورود بعقد الإيجار مطابقاً للحقيقة ولإرادة المتعاقدين .

٢ - عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدنى مؤقتة . عدم تحديد مدتها أو ربط إنهاؤها بأمر مستقبل غير محقق الوقوع واستحالة معرفة تاريخ انتهائها . وجوب اعتبار العقد منعقداً للفترة المحددة لدفع الأجرة ، لكل من طرفيه الحق فى إنهائه بالتنبيه على الآخر فى الميعاد القانونى - مادتان ٥٥٨ ، ٥٦٣ مدنى .

٣ - حكم « عيوب التدليل » « التناقض » :

التناقض المفسد للحكم . ماهيته .

١ - لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن والمقابلة لذات المادة من كل من القانونين رقمى ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، ٤٩

١٩٧٩ وقد استمر المستأجر بالعين المؤجرة ولم يحصل تنبيه من أحد الطرفين على الآخر قبل انقضاء مدة هذه الإجارة بشهرين فتعتبر أنها قد تمجددت عن مدة ثانية بذات الشرط عينها وإذا كانت المدة الثانية قد انقضت دون اتفاق على مدة جديدة فيعتبر العقد قد تمجدد بذات الشروط ولكن لمدة غير معينة طبقاً لنص المادة ٥٩٩ مدنى وتسرى بشأن المدة المجددة أحكام المادة ٥٦٣ مدنى ومن ثم يعتبر العقد متجدداً للفترة المعنية لدفع الأجرة وهى مشاهرة ويجب أن يكون التنبيه قبل النصف الأخير من الشهر الذى وجه فيه التنبيه ، وإذ نبه المظنون ضدهم على الطاعنين بإخلاء المحل مسووسع النزاع فى ١٩٨٤/٨/٥ أى أن ذلك التنبيه أعلن للمستأجر قبل النصف الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٨٤ الذى تمجدد إليه العقد فإنه يكون صحيحاً منتجاً لآثاره ، وإذ التزم الحكم المظنون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً .

(الطعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ٥٩ ق)

(٩)

جلسة الأحد

٦ من فبراير سنة ١٩٩٤

وكالة . محاميه . نقض

عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكله فى رفعه حتى حجز الطعن للحكم . أثره عدم قبول الطعن . علة ذلك .

أن البين من الأوراق أن المحامى الذى رفع الطعن استند فيه إلى التوكيل الصادر من الطاعن لوكيله ... برقم ١٣٩٣ ج لسنة ١٩٨٦ دون أن يقدمه حتى حجز الطعن للحكم ، وكان لا غنى عن تقديمه مجرد ذكر رقمه

جلسة الخميس

٢٤ من فبراير سنة ١٩٩٤

٧-١) إيجار « إيجار الامتياز » الإمتداد القانوني للتجوير
المفروش « قانون تفسيره » « سريان القانون من حيث
الزمان » « نظام عام » :

١ - الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش . شرطه .
م ٤٦ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

٢ - الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش م ٤٦ ق ٤٩
لسنة ١٩٧٧ سريانه على عقود المساكن التي
انتهت مدتها وظل المستأجرون شاغلين لها عند
العمل بأحكام القانون المذكور سواء كان انتهاءها
بانتهاه مدتها أو بالتنبيه بالإخلاء ، تعلق أحكامه
بالنظام العام ، سريانه بأثر فوري على المراكز
القانونية والوقائع القانونية وقت نفاذها ولو كانت
ناشئة قبلها ولم تستقر بحكم نهائي . علة ذلك .

٣ - عقد الإيجار من الباطن لسكن مفروش . استمراره
بكافة شروطه بين طرفيه لمدة غير محددة إعمالاً
لحكم الإمتداد القانوني طالما أن عقد الإيجار
الأصلي مازال سارياً - لا يحول ذلك استعمال
المؤجر لحقه في طلب الإخلاء متى تحقق سببه .

٤ - عقد الإيجار من الباطن . إنقضائه بانقضاء عقد
الإيجار الأصلي ولو كان مأذوناً به من المؤجر .
علة ذلك .

٥ - عقد الإيجار من الباطن . لا ينشئ علاقة مباشرة
بين المستأجر من الباطن والمالك إلا بالنسبة للأجرة
ولو كان مصرحاً بالتأجير من الباطن .

٦ - النص القانوني . لا محل لتقييده أو الخروج عليه
أو تأويله بدعوى الاستهانة بقصد المشرع متى كان
عاماً واضحاً جلي المعنى .

لسنة ١٩٧٧ قد استثنت صراحة الأرض القضاء
من تطبيق أحكامه ، وكان الضابط في تعيين
القانون الواجب التطبيق في طلب الإخلاء مرده في
الأصل إلى وصف العين المؤجرة في عقد الإيجار
فإن ورد العقد على أرض قضاء فإن الدعوى
بالإخلاء تخضع للقواعد العامة في القانون المدني
بصرف النظر عما إذا كان يوجد بتلك الأرض مبان
وقت إبرام العقد شريطة أن يكون ما ورد به عقد
الإيجار في هذا الشأن حقيقياً انصرفت إليه إرادة
العاقدين .

٢ - نص المادتين ٥٥٨ ، ٥٦٣ من القانون المدني -
يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن
المشرع استلزم توقيت عقد الإيجار واعتبر المدة
ركناً فيه وأنه كلما تعذر معرفة الزمن الذي جعله
المتعاقدان ميقاتاً ينتهي إليه العقد بأن لم تحد له
مدة ينتهي بانتهاؤها أو عقد لمدة غير معينة بحيث
لا يمكن معرفة التاريخ الذي ينتهي إليه على وجه
التحديد أو ربط انتهاءه بأمر مستقل غير محقق
الوقوع أو استحالة معرفة مدة العقد التي قصد
المتعاقدان أن يستمر إليها يتعين اعتبار العقد
منقهداً للفترة المعينة لدفع الأجرة ويكون لكل من
المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بعد التنبيه على
الأخر بالإخلاء في المواعيد المبينة بنص المادة ٥٦٣
سالفه البيان .

٣ - المقرر في قضاء محكمة النقض - أن التناقض
الذي يصيب الحكم هو ما تتعارض به الأسباب
وتتعارض وتتضاهى ويسقط بعضها بعضاً بحيث لا
يبقى بعدها ما يمكن أن يحمل الحكم أن يكون
واقفاً في أسبابه بحيث لا يمكن معه أن يفهم على
أى أساس قضت المحكمة بما قضت به في منطوقه .

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٦٣ ق)

٧ - الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش . ٤٦م

ق٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثره استمرار بقاء المستأجر من الباطن منتفعاً بالعين المؤجرة في نطاق علاقة التأجير المفروش دون المساس بالمبادئ العامة نسبه آثار العقد . مؤداه . استمرار العلاقة الإيجارية بين المستأجر من الباطن والمستأجر الأصلي . شرطه . بقاء عقد الإيجار الأصلي سارياً إنقضاؤه . أثره . عدم التزام المالك بتحرير عقد إيجار لصالح المستأجر من الباطن . علة ذلك .

١ - النص في المادة ٤٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والمصمول به اعتباراً من ١٩٧٧/٩/٩ يدل « وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن رخصة الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش تستلزم أن تكون العين مؤجرة مفروشة للسكنى وأن يستمر المستأجر مستأجراً لها لمدة خمس سنوات أو عشر سنوات على حسب الأحوال التي نص عليها القانون وأن تكون هذه المدة متصلة وسابقة على ١٩٧٧/٩/٩ تاريخ العمل بأحكام هذا القانون .

٢ - الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش يطبق على عقود المساكن المفروشة التي انتهت مدتها وظل المستأجرون شاغلين لها عند العمل بالقانون مما مفاده أن القانون أوقف الأثر الشرطي على انتهاء عقد الإيجار المفروش سواء كان انتهاءه بانتهاء المدة المعينة فيه طبقاً لنص المادة ٥٩٨ من القانون المدني أم بالتنبيه بالإخلاء طبقاً لنص المادة ٥٦٣ منه باعتبار أن المشرع استحدث بالمادة ٤٦ سالفه البيان الإمتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش وهو من الأحكام المتعلقة بالنظام العام فان حكمها يسرى بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله والتي لم

تستقر نهائياً وقت العمل بالقانون بصدر حكم نهائي فيها وهذا النص وعلى ما جاء بالمذكور الإيضاحية للقانون « تفرضه قواعد العدالة وقلبه ودواعي الاستقرار ويؤدي هذا النص إلى استمرار عقود الأعيان المفروشة حتى ولو انتهت مدتها الاتفاقية دون تدخل في مقدار الأجرة المتفق عليها ولعل في ذلك موازنة بين مصالح المالك ومصالح المستأجرين الذين أمضوا مدداً طويلة في أعيان مفروشة وقد لا تتاح لهم الفرص للحصول على مساكن أخرى إذا ما أجبروا على إخلاء هذه الأعيان في وقت تشتد فيه مشكلة الاسكان مما يلزم معه توفير أكبر قدر من الاستقرار لشاغلي هذه الأماكن .

٣ - حرص المشرع على أن تستمر العلاقة في عقد الإيجار المفروش بين طرفيها دون أي تدخل من جانبه وتظل تلك العلاقة يحكمها عقد الإيجار المفروش المجرم بينهما سواء في شروط الإيجار أو محله أو هجئة الأجرة والعنصر الوحيد الذي تدخل المشرع بتعديله بإرادته هو عنصر المدة فعقد الإيجار المفروش أصبح مستمراً بكافة شروطه لمدة غير محددة إعمالاً لحكم الامتداد القانوني الذي استحدثه المشرع ومن ثم فإن المستأجر من الباطن مفروشاً ليس له أي حقوق في مواجهة المؤجر له « المالك أو المستأجر الأصلي » سوى البقاء في العين ما دام عقد الإيجار الأصلي مازال سارياً ، ويدهى أن هذا التعديل التشريعي لا يمنع المؤجر من أن يستعمل حقه في إخلاء المستأجر لعين مفروشة إذا ما تحقق سبب من أسباب الإخلاء مثله في ذلك مثل المستأجر لعين خالية عندئذ يتعين فسخ العقد ولا يحول الامتداد القانوني للعقد من استحصال المؤجر لحقه في الإخلاء في الحالتين وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦/١ من هذا القانون .

المدة ولم يلزم المشرع المالك بتحرير عقد إيجار لصالح المستأجر من الباطن هذا إلا أن القول بغير ذلك لا يتفق وحكم القانون إذ أن الأجرة في الوحدات السكنية المفروضة هي مقابل الإنتفاع بالمكان والمنقولات معاً ولا يسوغ القول بالزام المالك بتحرير عقد إيجار مع المستأجر من الباطن والحصول على الأجرة في حين أن المنقولات الكائنة بالعين المؤجرة مملوكة للمستأجر الأصلي ولا يمكن القول بأن المشرع عندما قرر الامتداد القانوني لعقد الإيجار المفروش - إذا ما توافرت الشروط التي نصت عليها المادة ٤٦ سالفه البيان - قد غير بإرادته المراكز القانونية للمتعاقدين وأن المالك حل محل المستأجر الأصلي إذ أن قواعد التفسير يجب أن تتفق مع غرض المشرع من المادة ٤٦ سالفه الإشارة إليها والتي قصد بها بقاء إستمرار بقاء المستأجر من الباطن واستمرار انتفاعه بها في نطاق علاقة التأجير المفروش ودون المساس بالمبادئ العامة في نسبة آثار العقد ويجب أن تتفق أيضاً مع أحكام التأجير من الباطن فإن العلاقة الإيجارية فيما بين المستأجر من الباطن والمستأجر الأصلي تظل قائمة وسارية ما دام عقد الإيجار الأصلي قائماً وأن التأجير من الباطن ينتهي حتماً بانقضاء عقد الإيجار الأصلي إلا إذا نص المشرع على الخروج على تلك القواعد بنص صريح كما هو الحاصل في المادة الرابعة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على ما سلف بيانه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون أنه خالف هذا النظر وانتهى إلى إلزام المالك - الطاعن - بتحرير عقد إيجار عن عين النزاع للمستأجر من الباطن المطعون ضده الأول بذات شروط عقد الإيجار المفروش فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٣٥٨١ لسنة ٥٨ ق)

٤ - المقرر - في الفقه والقضاء - أن عقد الإيجار من الباطن يدور وجوداً وعدمه مع عقد الإيجار الأصلي وينقضى بانقضائه ولو كان التأجير من الباطن مأذوناً به من المؤجر إذ أن المستأجر الأصلي إذا يؤجر من الباطن حقه المستند من عقد الإيجار الأصلي .

٥ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن عقد الإيجار من الباطن لا ينشئ علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك لاتعدام الرابطة التعاقدية بينهما ولا صلة بين الطرفين ولا في حدود ما تقضى به المادتين ٥٦٦ ، ٥٩٧ من القانون المدني بخصوص الأجرة حتى ولو كان التأجير من الباطن مصرحاً به من المالك .

٦ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان النص عاماً صريحاً جلياً في الدلالة على المراد منه فلا محل لتقييده أو تأويله أو الخروج عليه بدعوى إستدعاء قصد المشرع منه .

٧ - عقد الإيجار من الباطن مهما طاللت مدته لا يقيم علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك ولو أراد المشرع الخروج على القواعد العامة لنص على ذلك صراحة وهذا النهج إتبعه المشرع في ذات القانون عندما نص في المادة الرابعة على استمرار عقد الإيجار من الباطن لمستأجرى الوحدات السكنية التي يقيمها مستأجر الأرض الفضاء إذا انتهى عقد الإيجار الأصلي لأي سبب من الأسباب متى توافرت الشروط التي استلزمها المشرع لتطبيق حكمها ، وبمفهوم المخالفة ينتهي عقد الإيجار من الباطن طبقاً للقواعد العامة إذا لم يتوافر أي شرط من تلك الشروط ، وقد جاء نص المادة ٤٦ من هذا القانون واضحاً على استمرار عقد الإيجار المفروش وفقاً لشروطه ماعدا شرط

٢-١ إيجار ، إيجار الأماكن ، تقدير الأجرة . حكم
الاحكام غير الجائز الطعن فيها ، « نقض » ، حالات
الطعن ،

١ - القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سريانها على الأماكن المرخص في اقامتها بعد العمل بأحكامه في ٣١/٧/١٩٨١ . مؤداه . القواعد الموضوعية بتقدير الأجرة في القوانين السابقة والقواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الاحكام الواردة في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، استمرار سريانها على الأماكن غير الخاضعة لأحكام تقدير الأجرة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . ولو أقيم الطعن بعد القانون الأخير طالما تعلق بمقار أقيم قبل العمل به ، علة ذلك .

٢ - الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في المنازعات المتعلقة بتحديد الأجرة . عدم جواز الطعن عليها بأي وجه من أوجه الطعن المادتان ١٨ و ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

١ - لئن كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد أورد أحكاماً موضوعية وأخرى اجرائية لتقدير الأجرة ، ومنها ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة منه متعلقاً بجواز الطعن في الأحكام الصادرة فيها إلا أنه لما كانت تلك القواعد تسري على الأماكن الخاضعة لحكمه وهي بصريح الفقرة الأولى من المادة الأولى منه تلك التي رخص في اقامتها بعد العمل بأحكامه في ٣١/٧/١٩٨١ ، فإن مؤدى ذلك ومع خلو القانون من نص صريح يقضي بالفاء القواعد الموضوعية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة في قوانين سابقة أو القواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام

الصادرة فيها والتي انتظمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - أن هذه القواعد لازالت واجبة الإعمال بالنسبة للأماكن التي لا تخضع في تقدير أجرتها للقواعد الموضوعية والاجرائية الواردة في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، ولما كانت الدعوى الماثلة وأن رفعت بعد العمل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ إلا أنها تتعلق بمقار أنشئ في ظل العمل بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم تكون أحكامه هي الواجبة التطبيق على القواعد والإجراءات المتعلقة بالطعن في هذا الحكم .

٢ - النص في المادة ١٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن يكون الطعن في قرارات لجان تحديد الأجرة أمام المحاكم الابتدائية « ونص في المادة ٢٠ من القانون ذاته على أن « لا يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة المشار إليها في المادة ١٨ الا للخطأ في تطبيق القانون ويكون الطعن أمام محكمة الاستئناف .. » ويكون حكمها غير قابل للطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن - يدل - على أن المشرع لمصلحة قدرها - ارتأى الاكتفاء بنظر المنازعة في تحديد القيمة الاجبارية أمام اللجنة المختصة بتحديد الأجرة ثم أمام المحكمة الابتدائية ولم يربها للطعن بالاستئناف في الحكم الذي تصدره هذه المحكمة إلا للخطأ في تطبيق القانون واعتبر الحكم الصادر من محكمة الاستئناف باتاً غير قابل للطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن ، وانه لا يجوز الطعن بطريق النقض فيما تصدره محكمة الاستئناف من أحكام في هذا الخصوص وذلك استثناء من القواعد العامة للطعن على الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات ومن ثم يكون الطعن بطريق النقض في الحكم المطعون فيه غير جائز .

(الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٦٠ ق)

(١٣)

جلسة الخميس

٢ من يونية سنة ١٩٩٤

١ - دعوى تكييف الدعوى ، ، محكمة الموضوع ،
سلطانها في تكييف الدعوى ،

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها الحق
وتكييفها القانوني الصحيح . عدم تقيدها بتكييف
المحصر لها . العبرة بحقيقة المقصود من الطلبات لا
بالألفاظ التي صيغت بها .

٢ - دعوى دعوى منح التعرض ، ، حيازة ،

طلب التسليم . يعتبر من مستلزمات منع التعرض
وأعادة يد الحائز إليه قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط
حق الطاعن في التمسك بدعوى الحيازة . لا خطأ .

٣ - حكم الدفاع الجوهري ، ، محكمة الموضوع ،

الدفاع الجوهري الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه .
شرطه .

١ - المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تكييف
المحصر للدعوى لا يقيّد المحكمة ولا يمنعها من
فهم الواقع في الدعوى على حقيقتها وإعطائها
التكييف الصحيح ، والعبرة في تكييف الدعوى
بأنها دعوى بالحق هي بحقيقة المطلوب فيها
بصرف النظر عن العبارات التي صيغت بها هذه
الطلبات .

٢ - طلب التسليم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة
النقض - يعتبر من مستلزمات منع التعرض
وأعادة يد الحائز إليه ، وإذا التزم الحكم المطعون
فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الطاعن في
التمسك بدعوى الحيازة فإنه لا يكون قد أخطأ في
تطبيق القانون .

٣ - المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الدفاع
الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه هو الدفاع
الجوهري الذي من شأنه لو صح أن يتغير به وجه
الرأى في الدعوى وإلا فلا عليها إن أغفلته ولم
ترد عليه .

(الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٥٨ ق)

(١٤)

جلسة الاثنين

٦ من يونية سنة ١٩٩٤

١-٤ إيجار ، القواعد العامة في الإيجار ، مدة العقد

، امتداد ، ، انتهاء العقد ،

١ - عقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدني ،
إنتهائها بانتهاا المدة المحددة فيها . التنبيه
بالإخلاء الصادر من أحد طرفي عقد الإيجار
للآخر . أثره . إنحلال الرابطة العقدية بينهما .

٢ - تطبيق أحكام قانون إيجار المساكن على القرى
التي يصدر بها قرار من وزير الاسكان . مناطه ،
عدم سريان أحكام التشريع الاستثنائي على العقود
التي انقضت بانتهاا مدتها بالتنبيه على المستأجر
بالإخلاء قبل صدور القرار المذكور .

٣ - عقد الإيجار ، عقد رضائي في حدود ما فرضته
التشريعات من قيود الأصل في الإرادة المشرعة ،
كما يلحقها من بطلان مناطه .

٤ - التنبيه بالإخلاء الصادر من أحد طرفي عقد
الإيجار للآخر ، أثره ، إنحلال الرابطة العقدية بعد
مدة معينة ، م ٥٦٣ مدني . عدم مراعاة مواعيد
التنبيه : أثره . حق من وجه إليه في إنهاء العقد
قبل الميعاد المحدد .

١ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى عقود الإيجار المحاضعة لأحكام القانون المدنى أنها تنقضى بانتهاء المدة المحددة فيها ، وأن التنبيه بالإخلاء فى الميعاد الصادر من أحد الطرفين للطرف الآخر يؤدى إلى إنحلال الرابطة العقدية بينهما .

٢ - تطبق أحكام قانون إيجار الأماكن على القرى التى يصدر بها قرار من وزير الاسكان أن تكون العلاقة الإيجارية عن الأماكن الواقعة بها مازالت قائمة فى تاريخ العمل بهذا القرار ، فلا تسرى أحكام التشريع الاستثنائى على تلك التى انقضت عقود استجبارها بانتهاء مدتها من قبل تاريخ العمل به ، لما كان ذلك وكان بين من الأوراق أن عقد الإيجار سند الدعوى المؤرخ ١٩٧٩/١/١ قد انتهت المدة المتفق عليها فيه بالتنبيه الصادر من المظنون ضدها (المؤجرة) إلى الطاعن (المستأجر) فى ١٩٨٥/٢/٧ بإخلاء المكان المؤجر له بمقتضى هذا العقد ، وقد أنتج هذا التنبيه أثره من قبل صدور قرار وزير الاسكان رقم ٤١٩ لسنة ١٩٨٥ لحضوع قرية لقائه الواقع بها العين المؤجرة لأحكام تشريع إيجار الأماكن ، مما لا محل معه وقد انتفت العلاقة الإيجارية إلى أعمال أحكام هذا التشريع - وإن التزم الحكم المظنون فيه هذا النظر وأعمل القواعد العامة فى الإيجار المنصوص عليها فى القانون المدنى فانه لا يكون خطأ فى تطبيق القانون .

٣ - لما كان عقد الإيجار عقداً رضائياً يخضع فى قيامه وانقضائه لمبدأ سلطان الإرادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيدة لهذا المبدأ فى حدودها دون مجاوزة لنطاقها ، وكان الأصل فى الإرادة المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا كان الالتزام

الناتج عنها مخالفاً للنظام العام أو الآداب محلاً وسبباً ، أو كان على خلاف نص آخر أدناه فى القانون .

٤ - مفاد ما نصت عليه المادة ٥٦٣ من القانون المدنى من انتهاء الإيجار المنعقد للفترة الميعنة لدفع الأجرة بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نيه على التعاقد الآخر بالإخلاء فى المواعيد الميمنة بالنص ، وإن التنبيه الصادر من يملك ذلك هو عمل قانونى من جانب واحد يتحقق أثره بمجرد أن يعلن عن إرادته فى إنهاء العقد إلى المتعاقد الآخر فتنتحل تبعاً لذلك الرابطة العقدية التى كانت قائمة بينهما بعد مدة معينة ، وكان تحديد هذه المدة مقررأ لمصلحة الطرف الموجه اليه التنبيه حتى لا يفاجأ بما لم يكن فى حسبانته قبل أن يتجهأ لمواجهة ما يترتب على ذلك من وضع جديد ، فإذا ما تحقق الأمر انقضى العقد فلا يقوم من بعد إلا بإيجاب وقبول جديدين ، وكان لا وجه للقول بطلان التنبيه الذى يتجاوز فيه موجهه الميعاد المنصوص عليه فى المادة سالفة الذكر لإنتفاء مبرر هذا البطلان قانوناً وإن جاز للطرف الموجه إليه التنبيه أن يختار بين إنهاء العقد قبل استيفائه الفترة التى حددها القانون لمصلحته وبين التمسك باستكمال هذه الفترة قبل انتهاء العقد ، لما كان ذلك وكان الحكم المظنون فيه قد التزم هذا النظر وخلص فى قضائه إلى أن الرابطة العقدية قد أعلنت بتوجيه التنبيه إلى الطاعن فى ١٩٨٥/٢/٧ ، وهو تنبيه لم يلحقه أى بطلان - وإلى انتهاء عقد الإيجار وفقاً لشروطه وللفترة التى حددها القانون فى ١٩٨٥/٤/١٠ فان النعى يكون على غير أساس .

(الظمن رقم ٢٠٨ لسنة ٦٠ ق)

١- إيجار د إيجار الأرض الفضاء ، عقد د تفسير العقد ،

قانون :

إيجار الأرض الفضاء . عدم خضوعه لقوانين إيجار الأماكن . العبرة في التعرف على طبيعة العين المؤجرة ، هو بما تضمنه عقد الإيجار متى كان مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت إليه إرادة المتعاقدين . لا عبرة بالغرض الذي استؤجرت الأرض الفضاء من أجله أو تسويرها أو إقامة مبان عليها لم تكن محل اعتبار عند التعاقد . التعرف على قصد المتعاقدين من سلطة محكمة الموضوع .

٢ - الأرض الفضاء تسويرها . أساسه : التزام قانوني أو المحافظة عليها تأجير الأرض الفضاء المسورة . لا يستتبع بطريق اللزوم أن يكون البناء محل اعتبار عند التعاقد . علة ذلك .

١ - مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، أن المشرع قد استثنى صراحة الأراضي الفضاء من نطاق تطبيق أحكام قانون إيجار الأماكن ومن ثم تخضع كأصل عام للقواعد المقررة في القانون المدني والعبرة في التعرف على طبيعة العين المؤجرة هو بما تضمنه عقد الإيجار من بيان لها مادام قد جاء مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت إليه إرادة العاقدین فاذا تبين من العقد أن العين المؤجرة أرض فضاء ولم يثبت مخالفة هذا الوصف للحقيقة فإن قوانين إيجار الأماكن لا تسرى عليها بل خضع لأحكام القانون المدني ولا عبرة في هذا الخصوص بالغرض الذي استؤجرت هذه الأرض من أجله ، كما لا يغير من طبيعتها وجود مبان بها أو إحاطتها بسور طالما أنها لم تكن محل اعتبار أو

أنه العنصر المستهدف من الإيجارة ، والمحكمة الموضوع السلطة في التعرف على طبيعة العين المؤجرة وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بشأنها بلا رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائفاً له أصله الثابت بمقد الإيجار مطابقاً للواقع باعتبار أن ذلك مما يدخل في سلطتها في تفسير العقد وفهم الواقع في الدعوى .

٢ - إذ كان المشرع في قوانين نظافة الميادين والطرق والشوارع وتنظيم عملية جمع ونقل القمامة بدءاً من القانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٢٩٢ لسنة ١٩٥٣ بتسوير الأراضي الفضاء والمحافظة على نظافتها والقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٦ والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٧ قد ألت على عاتق حائزي الأراضي الفضاء تسويرها للمحافظة على نظافة المدن والقرى وجمال تنسيقها وأجازت المادة السابعة من القانون الأخير ومن قبلها المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ للمجهة المختصة بشئون النظافة في حالة تقصير مالك الأرض الفضاء تسويرها ورغم مطالبته بذلك ، أن تقوم بتسوير الأرض على نفقته مع تحصيل هذه النفقات إدارياً ومن ثم فإن تسوير الأرض الفضاء قد يكون مبعثه هذا التطبيق القانوني أو المحافظة على حدود الأرض المؤجرة المجاورة لأسلاك الفير أو الطريق العام ومن ثم فإن اشتغال إيجارة الأرض الفضاء على سور لا يستتبع بطريق اللزوم أنه محل اعتبار عند التعاقد إذ العبرة في التعرف على طبيعة العين المؤجرة هو بما تضمنه عقد الإيجار من بيان لها مادام قد جاء مطابقاً لحقيقة الواقع وانصرفت إليه إرادة المتعاقدين بأن الأرض الفضاء دون البناء هي محل الاعتبار عند التعاقد .

(الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٥٣ ق)

(١٦)

جلسة الخميس

١٦ من يونية سنة ١٩٩٤

١ - حكم « حجية الحكم » . قوة الأمر المقضى . نقض

قوة الأمر المقضى . صفة تلحق بالحكم النهائي ولو كان مما يجوز الطعن فيه بالنقض أو طعن فيه بالفعل .

٢ - إيجار « إيجار الاماكن » عقد « عقد الإيجار » ،

مستأجر المسكن هو الطرف الأصيل فى عقد الإيجار المقيمين معه منذ بدء الإيجارة . عدم اعتبارهم مستأجرين أصليين . مژده . اعتبار ذلك من قبيل الإبراء والاستضافة لا تعطيم الحق فى البقاء فى العين المؤجرة . علة ذلك .

١ - قوة الأمر المقضى - وعلى ما جرى به قضاء

محكمة النقض - تثبت للحكم النهائي ، ولا يمنع من ثبوت هذه الصفة أن يكون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو أنه طعن فيه بالفعل .

٢ - المقرر - فى قضاء النقض - أن لعقد إيجار

المسكن طابعاً عائلياً لا يتعاقد المستأجر بمقتضاه ليقوم فى المسكن بمفرده وإنما ليضم إليه أفراد أسرته ومن يرى إستضافتهم فى مسكنه فقد يسمح

المستأجر للغير من أقاربه بالإقامة فى العين المؤجرة كلها أو بعضها وذلك بصفة عارضة لمدة طالت أو قصرت إستجابة لظروف عائلية أو طارئة شريطة أن يظل محتفظاً بالعين المؤجرة دون أن يتدخل فيها ، وهذه الإقامة تعتبر على سبيل التسامح أن شاء المستأجر أبقى عليها وأن شاء أنهاها بغير

التزام عليه قبل الضيف إذ أن الاستضافة هى حياة مؤقتة على سبيل التسامح وإن كان محلها ينصب على منفعة العين المؤجرة إلا أنها لا تكسب

الضيف أى حق من الحقوق ولا تخوله حق البقاء فى العين المؤجرة ولو بدأت منذ بدء الإيجار ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد عوّل فى قضاءه بالإخلاء على ما قضى به الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣١٧٣ لسنة ١٩٧٨ مدنى كلى شمال القاهرة واستئنافها رقم ٢٠٠٤ لسنة ٩٨ ق القاهرة من أن إقامة الطاعنة بشقة أخيها - الطعون ضده - هو على سبيل الإستضافة فإنه لا يجدى الطاعنة القول بأن إقامتها بالشقة محل النزاع كانت منذ بدء الإيجار وأنها كانت على سبيل المساكنة .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٦٠ ق)

(١٧)

جلسة الاثنين

١٣ من يونية سنة ١٩٩٤

اختصاص حكم « حجية الحكم » . قوة الأمر المقضى ،

١ - القضاء بعدم الاختصاص نوعياً أو قيمياً . قضاء منه للخصومة كلها . جواز الطعن فيه على استقلال . عدم الطعن فيه . أثره صيرورته حائزاً قوة الأمر المقضى .

٢ - قضاء المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص نوعياً والإحالة إلى المحكمة الابتدائية لمخضوع العين المؤجرة لقوانين إيجار الاماكن . اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى . أثره . عدم جواز العودة إلى مناقشة هذه المسألة . علة ذلك .

الحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة نوعياً أو قيمياً هو فى مفهوم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حكم منهى للخصومة فيها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم

٢-١ استئناف الطلبات الجديدة ، نظام عام ، تعويض .

١ - الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف . تعلقه بالنظام العام . للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . الاستثناء . م ٢/٢٣٥ و ٤ مرافعات . الطلب الجديد . ماهيته .

٢ - طلب زيادة مقابل الانتفاع في الاستئناف دون بيان المستأنف ما طرأ لتبرير تلك الزيادة طلب جديد غير مقبول .

١ - مفاد نص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقاً بالنظام العام وأوجب على تلك المحكمة إذا ما تبين أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله ، إلا أن يكون هذا الطلب في حدود الاستثناء الوارد في الفقرتين الثانية والرابعة من المادة سائلة البيان ، ويعتبر الطلب جديداً ولو لم يتغير عن موضوع الطلب المبدى أمام محكمة أول درجة ، متى كان يجاوز في مقداره ما لم تكن الزيادة بما نص عليه في الفقرة الثانية من تلك المادة .

٢ - لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده أقام الدعوى ابتداء طالباً الزام الطاعتين بأن يدفعاً اليه مبلغ خمسة عشر جنيهاً عن كل شهر اعتباراً من ١٩٧٨/٦/٢٥ مقابل انتفاعها بالممر مثار النزاع وهو في حقيقته طلب تعويض عن حرمانه من الانتفاع بالممر يسبب ما أدعاه من استعمال غير

الاختصاص ولن يعقبه حكم آخر في موضوعها من المحكمة التي أصدرته فيجوز الطعن فيه على استقلال عن طريق استئنائه ، وإذا لم يطعن عليه بالطريق المناسب أو رفض الطعن صار حائزاً قوة الأمر المقضى ، ولما كانت قوة الأمر المقضى كما ترد على منطق الحكم ترد أيضاً على ما يكون من أسبابه مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بهذا المنطق بحيث لا يقوم له قائمة بدونه .

٢ - لما كان البين من الأوراق أن محكمة أدفو الجزئية قضت بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وبإحالتها إلى محكمة أسوان الابتدائية مؤسسة قضائها على سند من أن المساحة المؤجرة للطاعن مخزن أسمنت بقيمة إيجارية تدفع كل شهرين ويخضع لقانون إيجار الأماكن مما تختص به المحكمة الابتدائية ، وإذا لم يطعن أحد من الخصوم في هذا القضاء عن طريق استئناف الحكم الصادر به فقد صار نهائياً وحاز بذلك قوة الأمر المقضى التي لا تقتصر على ما قضى به في منطق من عدم اختصاص المحكمة الجزئية والإحالة إلى المحكمة الابتدائية ، بل تلحق أيضاً ما ورد في أسبابه من خضوع عقد الإيجار محل النزاع لقوانين إيجار الأماكن باعتباره وارداً على مكان لأن هذا الذي أورده الحكم في أسبابه هو الذي انتهى عليه المنطوق ولا يقوم هذا المنطوق إلا به ، ومقتضى ذلك أن تقتيد المحكمة المحال إليها الدعوى بذلك الوصف ، ولو كان قد بنى على قاعدة غير صحيحة في القانون ، ويقتنع عليها كما يقتنع على الخصوم الجدل فيه من جهيد ، وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بقضاء الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بانتهاء عقد إيجار عين النزاع باعتباره وارداً على أرض فضاء يخضع في أحكامه للقواعد العامة الواردة في القانون المدني مهدراً بذلك قوة الأمر المقضى التي حازها حكم محكمة أدفو الجزئية في هذا الخصوص فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم ٦٢٢٥ لسنة ٦٣ ق)

للمحكم . أثره . عدم قبول الطعن ، لا يغنى عن ذلك تقديم صورة ضوئية منه أو ذكر رقمه . علة ذلك .

- البين من الأوراق أن الطاعن الذى رفع الطعن قدم توكيلاً صادراً له من الأستاذ المحامى بصفته وكلياً عن الطاعن بموجب التوكيل الرسمى رقم قصر النيل إلا أنه لم يقدم هذا التوكيل حتى حجز الطعن للمحكم واكتفى بتقديم صورة ضوئية منه ، لما كان ذلك وكانت الصورة الضوئية للمستند لا حجية لها فى الإثبات ، وكان لا يغنى عن تقديم التوكيل المذكور مجرد ذكر رقمه إذ أن تقديمه واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود وكالة من وكل المحامى فى رفع الطعن ، وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل محامين فى الطعن بطريق النقص من عدمه ، ومن ثم يكون الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة .

(الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٦٠ ق)

(٢٠)

جلسة الأربعاء (ب)

١٥ من يونيو سنة ١٩٩٤

نقض . بحال . وكالة .

- عدم تقديم المحامى رافع الطعن بالنقض التوكيل الصادر من الطاعن لمن وكله فى رفع الطعن . أثره . عدم قبول الطعن . علة ذلك . ٢٥٥ مرافعات .

- أوجبت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات على الطاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامى الموكل فى الطعن وكان الثابت فى الأوراق أن الأستاذ الذى رفع الطعن قدم التوكيل رقم ١٧٤٤ ب لسنة ١٩٩٠ الأهرام النموذجى الصادر له من بصفته وكلياً عن الطاعن بتوكيل رقم ٣١٤ ب لسنة ١٩٨٣ الأهرام إلا أنه لم يقدم هذا التوكيل الأخير حتى

مشروع من جانب الطاعنين وظل مصمماً على هذا الطلب دون أن يتجاوزه حتى إبداء طلباته الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، إلا أنه لدى استئنافه الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه طلب القضاء له بمقابل الانتفاع لما قدره الحجير الذى عينته محكمة الاستئناف وهو ٢٨٥٨٠ جنيه عن كل شهر دون أن يورد أمام تلك المحكمة ما يبرر هذه الزيادة فلا مراء فى أن طلب هذه الزيادة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية يعتبر طلباً جديداً خرج فيه عن نطاق دعواه أمام محكمة الدرجة الأولى ، ذلك أن التعريضات التى أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ المشار إليها المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هى التعريضات التى طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة نتيجة تفاقم الأضرار المبررة للمطالبة بها وإذا جرى قضاء الحكم المطعون فيه على قبول هذا الطلب الجديد وأجاب المطعون ضده إليه وألزم الطاعنين بمقابل الانتفاع الذى قدره الحجير فإنه يكون قد قام به سبب مبطل يتعلق بالنظام العام يجوز لهذه المحكمة - عملاً بالحق المخول لها فى المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات - أن تشهره من تلقاء نفسها وأن تحكم بما يقتضيه قيامه من نقض للحكم .

(الطعن رقم ٧٥٤١ لسنة ٦٣ ق)

(١٩)

جلسة الاثنين

١٣ من يونيو سنة ١٩٩٤

بحال . وكالة . نقض .

- عدم تقديم المحامى رافع الطعن التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكله برفعه حتى حجز الطعن

حجز الطعن للحكم لما كان ذلك وكان لا يغنى عن تقديم التوكيل الأخير مجرد ذكر رقمه أو تقديم صورة غير رسمية منه إذ أن تقديمه أمر واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود وكالة الوكيل عن الطاعن وما إذا كانت تشمل الإذن له في توكيل المحامين في الطعن بطريق النقض ومن ثم يكون الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة .

(الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٦٠ ق)

(٢١)

جلسة الخميس

١٦ من يونيه سنة ١٩٩٤

١ - نقض « الحكم في الطعن » اثر نقض الحكم والإحالة « إستئناف » دعوى سقوط الخصومة ؛

- نقض الحكم الاستئنافي يزيله ويفتح للخصومة طريق العودة إلى محكمة الاستئناف سريان أحكام سقوط الخصومة عليها من تاريخ صدور حكم النقض - عدم تعجيل من صدر حكم النقض لصالحه الخصومة بإهمال منه خلال سنة من تاريخ حكم النقض ، لكل ذي مصلحة من الخصوم طلب سقوط الخصومة دون استلزام إعلان حكم النقض .

٢ - نقض « أسباب الطعن » ؛

محكمة النقض . غير ملزمة بتحديد جلسة لنظر الاستئناف عند نقض الحكم والإحالة أو أن تأمر قلم كتاب محكمة الاستئناف بتحديد تلك الجلسة علّه ذلك ، النعى بوجود قصور في التشريع . لا يصلح سبباً للطعن بالنقض .

١ - نقض الحكم الصادر من محكمة الاستئناف - وعلى ما جرى به قضاء النقض يزيل هذا الحكم ويفتح للخصومة طريق العودة إلى محكمة

الاستئناف لتتابع السير فيها بناء على طلب الخصوم ، ويجرى عليها من تاريخ صدور حكم النقض أحكام سقوط الخصومة وانقضائها ، وتبدأ مدة السقوط والانقضاء من تاريخ صدور حكم النقض باعتبار أنه آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي في الدعوى فإذا أهمل من صدر حكم النقض لصالحه ولم يعجل الخصومة أمام محكمة الاستئناف خلال سنة كان لكل ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب سقوط الخصومة عملاً بالمادة ١٣٤ من قانون المرافعات ولا يتوقف ذلك على ضرورة إعلان حكم لنقض للمطعون ضدها ، وأن رفضها استلام صورته والأجرة المعروضة عليها وحسن نية الطاعن وتأخر قلم كتاب محكمة النقض في إرسال ملف الدعوى إلى المحكمة التي أحيلت إليها لا يعد من قبيل القوة القاهرة التي تحول بين الطاعن وهو الصادر لصالحه حكم النقض وتعجيل الخصومة أمام محكمة الاستئناف قبل أن يدركها السقوط أو التي يستحيل معها السير في الخصومة وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الخصومة في الاستئناف لانقضاء مدة جاوزت السنة على صدور حكم النقض السابق دون تعجيل الطاعن للاستئناف الذي وقف سيره خلال تلك المدة بإهماله فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه .

٢ - النص في المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات - لم يلزم محكمة النقض بتحديد جلسة لنظر الاستئناف عند النقض والإحالة أو أن تأمر قلم كتاب محكمة الاستئناف بتحديد تلك الجلسة كما هو الحال في المادة ١١٠ من قانون المرافعات أمام درجتي التقاضي ولا محل لإعمال هذا النص الأخير عند الطعن بالنقض الذي تحكمه نصوص خاصة وما جاء بسبب النعى هو ادعاء بوجود قصور في

سبق أن تولاه يؤدي إلى مخالفة للحظر الوارد بنص المادة ٧١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن المحاماة - يدل على أن هذه المخالفة بحسب طبيعتها من المخالفات المهنية التي من شأنها أن تعرضه للمسائلة التأديبية ولا يستتبع تجريد العمل الذي قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

٣ - لما كان نص المادة ١٠١ من قانون الاثبات - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المسألة الواحدة بعينها متى كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي يترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطلوب في الدعوى أو انتفائه فإن هذا القضاء يحوذ قوة الشيء المحكوم به في تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم وبغيرهم من المتنازع بطريق الدعوى أو الدفع في شأن أي حق آخر يتوقف بثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم أنفسهم أو على انتفائها .
(الظمن رقم ١٦٣ لسنة ٦٠ ق)

(٢٣)

جلسة الأحد

١٩ من يونيو سنة ١٩٩٤

١- إعلان / إعلان الحكم - حكم «الظمن في الحكم»
٢- نقض «ميعاد الطعن»

١ - ميعاد الطعن في الحكم الأصل فيه أن يبدأ من تاريخ صدوره الاستئناف . من تاريخ إعلانه م ٢١٣ مراقعات .

٢ - الأصل في إعلان أوراق المحضرين القضائية أن تسلّم إلى المعلن إليه نفسه أو في موطنه الأصلي أو إلى جهة الإدارة أو إلى النهاية العامة . المواد

التشريع والمطالبة بتعديله ولم يجب الحكم في شيء ولا يصلح ذلك لأن يكون سبباً للنقض إذ يخرج عن نطاق المادتين ٢٤٨ ، ٢٤٩ من قانون المرافعات والتي تستهدف محاكمة الحكم المطعون فيه إذا ما خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع بطلان فيه أو شابه بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أو فصل في النزاع على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ومن ثم يكون النقص غير مقبول
(الظمن رقم ٤٢٥ لسنة ٩١ ق)

(٢٢)

جلسة الأحد

١٩ من يونيو سنة ١٩٩٤

١ - نقض «إجراءات الطعن» ، إعلان «ميعاد الإعلان»
عدم مراعاة ميعاد إعلان صحيفة الطعن بالنقض .
لا بطلان . م ٣/٢٥٦ مرافعات . علة ذلك .
٢ - محاماة ، مخالفة أحكام قانون المحاماة ، بطلان ،
لا بطلان على مخالفة المحامي للحظر المنصوص عليه بالمادة ٧١ ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . علة ذلك .
٣ - حكم «حجية الحكم» ، قوة الأمر المقضى ،

القضاء النهائي في مسألة أساسية ، مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق مترتبة عليها .

١ - المقرر في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات أن ميعاد الثلاثين يوماً لا يعد ميعاداً حتمياً بل مجرد ميعاد تنظيمي لا يترتب على تجاوزها البطلان .

٢ - اتخاذ المحامي في مزاوله مهنته وسائل الدعاية أو الترغيب أو استخدام أى بيان أو إشارة إلى منصب

١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ مرافعات الاستثناء .
إعلان الأحكام . وجوب اعلاتها لشخص المحكوم
عليه أو في موطنه الأصلي م ٢١٣ مرافعات .
تسليم صورة الاعلان لجهة الادارة . لا يفتح به
ميعاد الطعن في الحكم .

٣ - حكم «تسبيبه» «ما يعد قصور» :

وجوب شمول الأحكام على الأسباب التي بنيت
عليها وإلا كانت باطلة . م ١٧٨ مرافعات . مؤداه .
وجوب بيان المحكمة للوقائع والأدلة التي استندت إليها
وكونت منها عقيدتها . علة ذلك .

١ - نص المادة ٢١٣ من قانون المرافعات - بدل -
وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن
المشرع جعل الأصل سريان مواعيد الطعن في
الأحكام من تاريخ صدورها واستثنى من هذا
الأصل الحالات المبينة في المادة المذكورة على سبيل
الحصر والتي قدر فيها عدم علم المحكوم عليه
بالمقصومة وإجرائاتها والحكم الصادر فيها فجعل
مواعيد الطعن في الأحكام لا تسري إلا من تاريخ
إعلاتها ومن ثم فإذا وقف السير في الدعوى لأي
سبب من الأسباب فانقطع بذلك تسلسل الجلسات
وثبت أن المحكوم عليه لم يحضر في أي جلسة
تالية لهذا الانقطاع ولم يقدم مذكرة بدفاعه فإن
ميعاد الطعن لا يفتح بالنسبة له إلا من تاريخ
إعلانه بالحكم ولو كان قد حضر في الفترة السابقة
على ذلك ، وشطب الدعوى هو مما يترتب عليه
وقف السير فيها وانقطاع تسلسل جلساتها .

٢ - المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه وإن كان
الأصل في إعلان أوراق المحضرين القضائية هو أن
تسلم إلى المعلن اليه نفسه أو في موطنه الأصلي
وذلك ابتغاء ضمان اتصال علمه بها سواء إلى
شخصه وهو ما يتحقق به العلم اليقيني أو

بتسليمها في موطنه إلى أجد المقيمين معه من
الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو التابعين - المادة
١٠ من قانون المرافعات وهو ما يتحقق به العلم
الظني أو بتسليمها إلى جهة الإدارة التي يقع
موطنه في دائرتها إذا لم يوجد من يصح تسليمها
اليه على أن يرسل إليه المحضر في موطنه كتاباً
مسجلاً يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة بحيث
يعتبر الإعلان منتجاً لأثاره من وقت تسليم الصورة
إلى من سلمت إليه قانوناً - المادة ١١ من ذات
القانون - أو بتسليمها إلى النيابة العامة إذا لم
يكن للمعلن إليه موطن معلوم في الداخل أو
الخارج - المادة ١٣ من القانون المشار إليه - وهو
ما يتحقق به العلم الحكوى . إلا أن المشرع خرج
على هذا الأصل بالنسبة لإعلان الأحكام استوجب
في المادة ٢١٣ من قانون المرافعات أن تعلن إلى
المحكوم عليه لشخصه أو في موطنه الأصلي وذلك
تقديراً منه للأثر المترتب على إعلان الحكم وهو بدء
مواعيد الطعن الأمر الذي حرص المشرع من أجله
على احاطته بمزيد من الضمانات للتحقق من
وصولها إلي علمه فعلاً حتى يسرى في حقه ميعاد
الطعن عليها بما مؤداه وجوب توافر علم المحكوم
عليه في هذه الحالة بإعلان الحكم علماً يقينياً أو
ظنياً دون الاكتفاء في هذا الصدد بالعلم الحكوى
استثناءً من الأصل المنصوص عليه في المواد ١٠ ،
١١ ، ١٢ ، ١٣ من قانون المرافعات والحكمة التي
توخاها المشرع من وجوب إخطار المعلن إليه في
حالة تسليم صورة صورة الإعلان لجهة الإدارة
بكتاب مسجل هي إخباره بمن سلمت اليه الصورة
حتى يسعى إلى تسلمها والعلم بها فينبى على
ذلك أنه إذا ما سلمت صورة إعلان الحكم لجهة
الإدارة ولم تسلم لشخص المحكوم عليه أو في
موطنه مما ينفي بذاته عنه العلم اليقيني أو الظني
باعلان الحكم فإن الإعلان في هذه الحالة لا ينتج
أثراً ولا يبدأ به ميعاد الطعن في الحكم ولا يسرى
في حق المحكوم عليه .

٢ - اتخاذ المحامي في مزاوله مهنته وسائل الدعاية أو الترغيب أو استخدام أى بيان أو إشارة إلى منصب سيق أن تولاه يؤدي إلى مخالفة للحظر الوارد بنص المادة ٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن المحاماة - يدل على أن هذه المخالفة بحسب طبيعتها من المخالفات المهنية التي من شأنها أن تعرضه للمساءلة التأديبية ولا يستتبع تجريد العمل الذي قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

٣ - لما كان نص المادة ١٠١ من قانون الاتبات - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المسألة الواحدة بعينها متى كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى يترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطلوب فى الدعوى أو انتفائه فإن هذا القضاء يحوز قوة الشيء المحكوم به فى تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم وينعهم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن أى حق آخر يتوقف بثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم أنفسهم أو على انتفائها .

(الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٦٠ ق)

(٢٥)

جلسة الخميس

٢٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

١-٢ حكم « الاحكام غير الجائز الطعن فيها » . نقض
إيجار « اثبات العلاقة الإيجارية » :

١ - الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم المختامى المنهى لها . عدم جواز الطعن عليها إستقلالاً . الاستثناء . حالاته م/٢١٢ مرافعات الخصومة التى ينظر إلى انتهازها . هى الخصومة

٣ - أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة بما مقتضاه انه يتعين على المحكمة أن تبين الوقائع والأدلة التى استندت عليها فى حكمها وكونت منها عقيدتها حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقب ثبوت الوقائع وأدلة هذا الثبوت لتتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قانوناً بناء الحكم عليها وأن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه لثلا يتعذر تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها .

(الطعن رقم ١٦٥٨ لسنة ٦٠ ق)

(٢٤)

جلسة الاحد

١٩ من يونيه سنة ١٩٩٤

١ - نقض « اجراءات الطعن » . اعلان « ميعاد الاعلان »
عدم مراعاة ميعاد إعلان صحيفة الطعن بالنقض . لا بطلان . م/٣/٢٥٦ مرافعات . علة ذلك .
٢ - محاماة « مخالفة احكام قانون المحاماة » . بطلان :
لا بطلان على مخالفة المحامى للحظر المنصوص عليه بالمادة ٧١ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . علة ذلك .
٣ - حكم « حجية الحكم » . قوة الامر المقضى :

القضاء النهائى فى مسألة أساسية . مانع للخصوم أنفسهم من التنازع فيها بأية دعوى تالية تكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق مرتتبة عليه .

١ - المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات أن ميعاد الثلاثين يوماً لا يعد ميعاداً حتمياً بل مجرد ميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزه البطلان .

الدعويين ليصدر فيهما حكم واحد ، وكان الطلب في الدعوى الأخيرة يعتبر مكملاً للطلب في الدعوى الأولى ومرتبطة به إذ أن الأجرة من أركان عقد الإيجار تطبيقاً لحكم المادة ٥٥٨ من القانون المدني ولا يغير من ذلك أن كلأ من الطرفين مرفوع به دعوى مستقلة بحيث يكون الحكم بالطلبات في الدعوى الأولى مؤدياً بالضرورة للحكم بالطلبات في الدعوى الثانية ومرتبطة به ، ومن ثم فإنهما تندمجان فتصبحان دعوى واحدة وتفقد كل منهما استقلالها وذاتيتها .

٢ - لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى في الدعوى الأولى بإثبات العلاقة الإيجارية عن العين المؤجرة الثلاث حجرات ومنافعها باعتبارها خالية وباعتبار الأجرة القانونية للشقة كلها ستة جنبها وقيل الفصل في الدعوى الثانية بإعادة المأمورية للخبير لتحديد نصيب أجرة الثلاث حجرات من الأجرة القانونية واحتساب الفروق المستحقة للمطعون ضدهما منذ بداية التأجير وكان الحكم المنهى للخصومة في معنى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات هو الحكم الذي ينتهي به النزاع في كل الطلبات التي رفعت بها الدعوى فإن الحكم المطعون فيه وإن صدر بإجابة المطعون ضدهما لطلبهما في الدعوى الأولى رقم بعد أن فقدت استقلالها واندمجت في الدعوى الثانية رقم التي لازال طلب تحديد الأجرة واحتساب الفروق معروضاً على محكمة الموضوع ولما لم تفصل فيه بعد فإن الحكم في هذه الدعوى الأولى لا يكون منهيّاً للخصومة برمتها ولا يندرج تحت الأحكام القابلة للطعن على استقلال فيكون الطعن فيه مباشرة وقيل الفصل في طلب تحديد الأجرة واحتساب الفروق غير جائز عملاً بنص المادة ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٢٧ لسنة ٥٢ ق)

الأصلية المرددة بين طرفي التداعى - صدور الحكم في مسألة عارضة متعلقة بالإثبات دين الفصل في الموضوع عدم جواز الطعن عليه استقلاً . علة ذلك ٢ - القضاء بإثبات العلاقة الإيجارية باعتبار عين النزاع خالية وتذب مكتب الخبراء لتحديد أجرة عين النزاع القانونية وحساب الفروق المالية المستحقة المرفوع بها دعوى تالية ضمت للدعوى الأولى . غير منهي للخصومة . أثره . عدم جواز الطعن عليه استقلاً . علة ذلك .

- مفاد نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها برمتها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى أو التي تصدر في شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبري ورائد المشرع في ذلك هو الرغبة في منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما قد يؤدي إلى تعويق الفصل في موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضى ، وأن الخصومة التي ينظر في انتهائها إعمالاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات هي الخصومة الأصلية المرددة بين طرفي التداعى ، وأن الحكم الذي يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذي تنتهي به الخصومة الأصلية برمتها وليس الحكم الذي يصدر في شق منها أو في مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ، لما كان ذلك وكان المطعون ضدهما قد أقاماً الدعوى رقم بطلب إثبات العلاقة الإيجارية عن العين المؤجرة باعتبارها خالية وإلزام المطعون ضده الأول بتحرير عقد إيجار ، كما أقامت المطعون ضدها الثانية الدعوى الثانية رقم بطلب تخفيض أجرة ذات العين المؤجرة إلى الأجرة القانونية مع رد الفروق ، وإذ صدر قرار بضم

(٢٦)

جلسة الخميس

٢٣ من يونيه سنة ١٩٩٤

نقض ترك الخصومة في الطعن بالنقض . - صلح

- تقديم وكيل المطعون ضده عقد صلح مصدقاً عليه يتضمن تنازل الطاعن عن الطعن بعد قوات ميحاده . وجوب الحكم بإثبات ترك الخصومة في الطعن . المادتان ١٤١ ، ٢٧٣ مرافعات .

- إذا كان محامي المطعون ضده قدم مذكرة طلب إثبات ترك الطاعن للخصومة في الطعن وعقد صلح مسؤرخ (.....) مسحور بين الطاعن والمطعون ضده مرفق بمصلحة الشهر العقاري برقم بتاريخ وقد جاء بالبند الثالث منه أن الطاعن يتنازل عن الحق في الطعن بالنقض وكان ذلك بعد انقضاء مواعيد الطعن بالنقض ، ومن ثم فإن المحكمة تعول على هذا التنازل ويتعين الحكم بإثبات ترك عملاً بالمادتين ١٤١ ، ٢٧٣ من قانون المرافعات . (الطعن رقم ٢٤٤٦ لسنة ٦١ ق)

(٢٧)

جلسة الخميس

٣٠ من يونيه سنة ١٩٩٤

٢-١ تعويض . ملكية « نزع الملكية » ملكية الأسرة ، نزع ملكية ، حكم .

١- التعويض عن نزع ملكية أراضى التوبة القديفة التى تفمرها مياه السد العالى جوازها عيناً كله أو بعضه . مؤداه . لصاحب الشأن الخيار فى الحصول عليه نقداً أو عيناً ق ٦٧ لسنة ١٩٦٢ . التعويض المعنى حالاته . يُلْكَ من نُزِعَت ملكية منزله

مسكناً واحداً فى الوطن الجديد وتنقل ملكيته إليه دون أفراد أسرته . الأسرة المقيمة ولا تملك مسكناً . تملك مسكناً بالوطن الجديد يملكه كل أفراد الأسرة . الأسرة . مقصودها . المواد ١ ، ٢ ، ٥ ، ١٢ من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ .

٢- القضاء بأحقية المطعون ضدها فى الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها باعتبارها من أفراد الأسرة دون أن يظن الحكم إلى أن المسكن الجديد تم تملكه لورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالتوبة القديفة وأن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد الأسرة فى معنى المادة ١٢ من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ - خطأ - .

١- مفاد نصوص المواد الأولى والثانية والرابعة من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضي التى تفمرها مياه السد العالى . أن المشرع اعتبر من أعمال المنفعة العامة مشروع الأراضي التى تفمرها مياه السد العالى المحصورة بين السد المذكور وحدود جمهورية مصر العربية وجمهورية السودان وذلك وفقاً للمخارط التى تقرها مصلحة المساحة . وتنزع على الوجه المبين فى هذا القانون ملكية الأراضي المشار إليها فى المادة الأولى بما عليها من منشآت وكذلك المباني والمنشآت والأشجار والنخيل التى أقامها الأهالى على أراضى الحكومة واستثناءً من أحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ٥٤ والقانون رقم ٢٥٢ لسنة ٦٠ يعوض أصحاب الحقوق فى العقارات المشار إليها بالمادتين الأولى والثانية بأداء تعويض لهم عن الأراضي والمباني والنخيل والأشجار والسواقي والآبار وغيرها من المنشآت القائمة وقت العمل بأحكام هذا القانون ، على أنه استثناء من حكم

الفقرة الخامسة من المادة الثالثة يجوز أن يكون التعويض كله أو بعضه أراضى أو مبانى تعدها الحكومة لهذا الغرض . ويصدر وزير الشؤون الاجتماعية قراراً بالقواعد التى تنظم ذلك وقد صدر قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ ببيان قواعد تعويض وتقليك وإسكان أهالى النوبة . ونص فى المادة الأولى منه على أن لصاحب التعويض الذى يقرر بالتطبيق لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ أن يختار بين الحصول على التعويض المستحق له نقداً أو عيناً ، ويكون التعويض العيني وفق القواعد الواردة بهذا القرار ، كما نص فى المادة الثانية على أن يملك صاحب المنزل الراغب فى التعويض العيني مسكناً واحداً بالموطن الجديد يتفق حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية مهما تعددت المساكن التى يملكها بالنوبة كما نصت المادة الخامسة من ذات القرار - على أن يملك كل أسرة مقيمة ولا تملك مسكناً بالنوبة مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها ، وتعد بتوزيع المساكن كشوف تعتمد من وكيل وزارة الشؤون الاجتماعية المختص والنص فى المادة ١٢ من ذات القرار على أن يقصد بالأسرة فى هذا القرار الوالدين أو أحدهما والأولاد والأحفاد وكذلك الأخوة وأولادهم متى كانوا يعيشون فى منزل واحد . وكان مفاد نص المادتين الثانية والخامسة من قرار وزير الشؤون الاجتماعية سالف البيان أنه نظم حالتين للملكية المبانى الجديدة الأولى لمن نزع ملكية منزله بالنوبة القديمة واختار التعويض العيني فإنه يملك مسكناً واحداً جديداً عوضاً عن منزله يتفق فى حجمه مع عدد أفراد أسرته وحالته الاجتماعية

فستنقل ملكية المنزل الجديد له وحده دون أفراد أسرته والثانية إذا كانت الأسرة تقيم بالنوبة ولا تملك منزلاً بها تملك مسكناً بالموطن الجديد يتفق وعدد أفرادها أى أن الأسرة كلها تملك المسكن الجديد وهى الحالة التى أنشأ المشرع بها حالة جديدة من حالات ملكية الأسرة بالإضافة إلى حالات ملكية الأسرة الواردة بالقانون المدنى .

(٢) لما كان البين من تقرير الخبير أن المسكن الجديد مسلم للمرحومة عائشة عوض سالم والدة الطاعن تعويضاً لها عن منزل نزع ملكيته لحصره ضمن مشروع الأراضى التى تفرعها مياه السد العالى وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدها فى الإلتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها باعتبارها من أفراد الأسرة ولم يغلن إلى أن المسكن الجديد تم تقليكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة حسبما جاء بتقرير الخبير - هذا إلى أن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرته عملاً بنص المادة ١٢ من قرار وزير الشؤون الاجتماعية سالف البيان ولا يغير من ذلك إدراجها فى كشف الحصر بأنها زوجة للطاعن ومن أسرته إذ أن المنزل الجديد أعطى لوالدة الطاعن عوضاً عن منزلها المملوك بالنوبة القديمة وذلك عملاً بأحكام المادة الثانية من قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ المنفذ لأحكام القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٢ بشأن نزع ملكية الأراضى والعقارات التى تفرعها مياه السد العالى بالنوبة القديمة على ما سلف بيانه مما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه .

(الطعن رقم ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ ق)

(٢٨)

جلسة الاثنين

٢٦ من سبتمبر سنة ١٩٩٤

٢-١ إيجار ، إيجار الاملاك : التنازل عن المنشأة الطبية ، قانون ، سريان القانون من حيث الزمان ، نظام عام .

١- حق المالك فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالعين المؤجرة فى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل وفى شراء العين متى أنذر المستأجر برغبته فى الشراء وأودع نصف الثمن خزينة المحكمة م ٢٠ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . بقاء ميعاد الشراء مفتوحاً طالما لم يخطر المستأجر بالثمن المعروض عليه قانوناً . بطلان كل شرط أو اتفاق يخالف ذلك م ٢٥ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

٢- نص المادة ٢٠ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . وورودها عاماً ومطلقاً ولاحقاً للقانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية . مؤداه . سريانه على الحالات التى يجوز فيها التنازل عن المنشآت الطبية إعمالاً لل مادة الخامسة من القانون الأخير . لا يشير من ذلك العمل بالقانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بعد سريان القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . علة ذلك . القانون الأول لم ينظم العلاقة المالية بين المالك والمستأجر فى حالة التنازل عن المنشآت الطبية .

١- النص فى المادتين ٢٠ ، ٢٥ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - يدل وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة على أن المشرع استحدث حلاً عادلاً عند تنازل المستأجر عن المكان المؤجر إليه تنازلاً نافذاً فى حق المؤجر وذلك بهدف تحقيق التوازن بين حق كل من المؤجر والمستأجر فى الانتفاع

بالعين المؤجرة وهو ما نص عليه صراحة فى عنوان البند الثانى من القانون المذكور بقوله فى شأن تحقيق التوازن فى العلاقات الإيجارية وهى لا ريب اعتبارات تتعلق بنظام المجتمع الأساسى وسلامه الاجتماعى فأعطى للمالك الحق فى أن يقتسم مع المستأجر الأصلية قيمة ما يجنيه الآخر من منفعة نتيجة تصرفه ببيع العين المؤجرة له بالجدك أو التنازل عنها فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك التصرف ونص على أحقية المالك بأن يتقاضى نسبة ال ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال ، وأعطى له الحق فى شراء العين إذا أبدى رغبة فى ذلك وأودع نصف الثمن الذى اتفق عليه المتعاقدان خزانة المحكمة مخصصاً منه قيمة ما بها من متعلقات ايداعاً مشروطاً بالتنازل للمالك عن عقد الإيجار وتسليم العين إليه على أن يقوم بإبداء رغبته فى ذلك فى خلال شهر من تاريخ إعلان المشتري له بالثمن المعروض عليه لشراء العين ويظل الميعاد مفتوحاً للمالك طالما لم يخطر المستأجر بالثمن المعروض عليه بالطريق الذى رسمه القانون بإعلان على يد محضر ، ولا يكفى مجرد اعلانه بحصول البيع لعدم تحقق الغرض من الإعلان الذى هدف إليه المشرع ، كما أبطل كل شرط أو اتفاق يخالف ما تقدم .

٢ - لما كان القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لاحقاً فى صدوره للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية الذى لم يتضمن نصوصه تنظيم حق المالك فى الحصول على مقابل فى حالة التنازل عن المنشأة الطبية لطبيب وإن كان قد نصت المادة الخامسة منه على أحقية التنازل عن المنشأة الطبية لطبيب دون موافقة المالك ، وإذ جاء نص المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سالفة البيان عاماً ومطلقاً فانه يسرى على كافة الحالات التى

الترخيص بالبناء م ٩٢٢ مدني - عدم انتقال ملكية المنشآت إلى الباني بمجرد صدور هذا الترخيص طالما لم يُسجل . أساس ذلك .

٢- حق القرار الذي يعطى لصاحبه سلطة البناء على سبيل البقاء والاستقرار على أرض مملوكة للغير ، حق عيني لا ينشأ ولا ينقل إلا بالتسجيل ، مادة ٩ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري . ومؤدي ذلك ملكية المنشآت قبل التسجيل لصاحب الأرض بحكم الاتصال . م ١/٩٢٢ مدني .

٣- عدم تسجيل الطاعن للاتفاق الذي خوله حق إقامة البناء المشفوع به على سبيل القرار قبل قيام البيع المشفوع فيه . أثره . عدم اعتباره مالكا لهذا البناء . وعلّة ذلك .

٤- أموال « الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة » ملكية . تقادم « التصادم المكسب » الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة . عدم جواز قتلها أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم م ٢/٩٧ مدني . أثر ذلك . عدم جواز الاعتصام بتملك حق القرار على هذه الأموال بالتقادم .

٥- حكم « عيوب التدليل : ما لا يعد قصوراً » .

التفات الحكم عن الرد على دفاع لا يستند إلى أساس قانوني سليم . لا عيب .

١- لما كانت المادة ٩٢٢ من القانون المدني بعد أن نصت في فقرتها الأولى على أن ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازات الفقرة الثانية منها للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وقلتها وإذا كان هذا التحويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنقل إلى الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء

يجوز للمستأجر فيها قانوناً ببيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكن بما في ذلك التنازل عن المنشآت الطبية متى أستوفى الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ ، وذلك إعمالاً لمعوم النص وإطلاقه إذ لا تخصيص لمعوم النص بغير مخصص ، وصولاً لتحقيق ما هدف إليه المشرع وما ابتغاه منه ولا يغير من ذلك أن القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ عمل به بعد سريان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، إذ لم يتضمن على ما سلف بيانه تنظيم للعلاقة المالية بين المالك والمستأجر في حالة التنازل عن المنشأة الطبية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر المتقدم وأقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي بإجابة المطعون ضده الأول بصفته لطبائمه وعلان التنازل الصادر من المطعون ضده الثاني للطاعن استناداً إلى عدم اتباع المستأجر « المطعون ضده الثاني » للأحكام التي نصت عليها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فقد التزم التطبيق القانوني الصحيح .

(الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٥٩ ق)

(٢٩)

جلسة الثلاثاء

٢٥ من أكتوبر سنة ١٩٩٤

٣-١ ملكية / أسباب كسب الملكية ، التصاق .
تسجيل ، شفعة ، عقد ، حق .

١- الأصل ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان - جواز تحويله للغير الحق في إقامة منشآت عليها وقلتها بمقتضى تصرف قانوني بنطوى على

٥- لا على الحكم المطعون فيه هو التفت عن الرد على الدفاع الذي لا يستند إلى أساس قانوني سليم .

(الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ ق هيئة عامة)

(٣٠)

جلسة الخميس

١٦ من فبراير سنة ١٩٩٥

نعوي ، صحيفة الدعوى ، إيداع الصحيفة ،
، استئناف ، رفع الاستئناف ،

- اعتبار الاستئناف مرفوعاً بمجرد تقديم صحيفته إلى قلم الكتاب ، ٢٣ مرفوعات ، تراض قيد الاستئناف إلى اليوم التالي . لا أثر له القضاء بسقوط الحق في الاستئناف لرفعه بعد الإيعاد لعدم قيده في السجل إلا في اليوم التالي لإنقضاء الإيعاد - خطأ في تطبيق القانون .

- مفاد نصوص المواد ٦٣ ، ٦٥ ، ٦٧ ، ٢٣٠ من قانون المرافعات يدل على أن الصحيفة تعتبر مودعة بتقديدها إلى قلم كتاب المحكمة مع صورها وأداء الرسم كاملاً وبهذا يعتبر الاستئناف مرفوعاً إذ بأداء الرسم - بعد تقديره - يكون المستأنف قد تخلى تماماً عن الصحيفة وصارت في حوزة قلم كتاب المحكمة وتحت سيطرته ، وعليه أن يستكمل في شأنها ما ألزمته به المادة ٦٧ مرفوعات من قيدها في السجل الخاص وتسليمها إلى قلم المحضرين لإعلاتها وهو ما يدل على الفصل بين عمليتي إيداع الصحيفة وقيدها يزيد ذلك ما ورد بالذاكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقاً على المادة ٦٧ من أنه : ولما كان المشروع قد

من مالك الأرض وإثماً بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون الباني مالِكاً لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذي يخوله الارتكاز بهنائه على تلك الأرض التي لا يملكها هو حق عيني لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الصادر برقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون للمالك الأرض بحكم الالتصاق وفقاً للقانون .

٢- المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن حق القرار الذي يعطى لصاحبه سلطة أن يستقر بهنائه على أرض غير مملوكة له هو حق عيني ومن ثم فإنه بهذه المشابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل سنده أما قبل ذلك فإن المنشآت التي تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الالتصاق وذلك على ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدني .

٣- إذ كان الطاعن لم يدع أنه سجل الاتفاق الذي تم بينه وبين الجهة مالكة الأرض والذي خوله حق إقامة البناء المشفوع به على سبيل القرار قبل تمام البيع المشفوع فيه فإنه لا يعد بذلك مالِكاً لهذا البناء الذي أقامه إذ هو في واقع الأمر لا يشفع بالبناء مجرداً بل يستند أيضاً إلى ما لهذا البناء من حق القرار على الأرض وهو ما لم يملكه لعدم تسجيل سنده .

٤- لا يجدى الطاعن الاعتصام بملكه حق القرار بالتقادم لا متناع ذلك عليه وفقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدني التي لا تجيز تلك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم .

إعلان « بطلان الإعلان » ، بطلان . نظام عام . حكم
تسبيبه ، عيوب التدابير ، ما بعد تصوره .

١- خلو أصل الإعلان وصورته من تاريخ حصوله واسم
المحضر الذي باشره وتوقيعه والمحكمة التي
يتبعها . أثره . بطلان الإعلان .

٢- توقيع المحضر على صورة الإعلان . « متعلق
بالنظام العام » للمعلن إليه التمسك ببطلانها ولو
خلا أصلها من أسباب البطلان . علة ذلك . عدم
تصحیح البطلان بحضور المعلن عليه أو إيداعه
مذكرة بدفاعة .

٣- ورقة الإعلان المقدمة من المعلن إليه تأييداً لدفاعه
وجوب أن تكون هي صورة الإعلان . إلزام
محكمة الموضوع بالتحقق منها بإعتبارها مسألة
أولية لازمة للفصل في صحة الإعلان أو بطلان
وقوع عبء الإثبات على المعلن إليه . علة ذلك .

١- مفاد نص المادتين ٩ ، ١٩ من قانون المرافعات أن
المشرع أوجب أن تحرر ورقة الإعلان من أصل وعدة
صور بقدر عدد المعلن إليهم ولو كانوا متضامنين
أو يقيمون معاً ويوجب القانون أن تشتتمل هذه
الورقة على بيانات معينة منها البيان الخاص باسم
المحضر الذي باشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها
وتوقيعه على كل من أصل الإعلان وصورته وذكر
من تسلم صورة الورقة وتوقيعه على الأصل على
نحو يكفل وصول الصورة إلى المطلوب إعلائته
ورتب المشرع البطلان على عدم توقيعه على أصل
الإعلان وصورته .

اعتبر الدعوى مرفوعة من يوم تقديم صحيفة إلى قلم
الكتاب ، فإنه لم يعد هناك محل لنص الفقرة الثالثة
من المادة ٢٥ من القانون القائم الملغى - التي تجعل
تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين قاطعاً لمدة التقادم
والسقوط - ، ومن ثم فإن الاستئناف يعتبر مرفوعاً
بمجرد تقديم صحيفته على النحو المتقدم إلى قلم
الكتاب ولو تراضى قيدها إلى اليوم التالي ، لما كان
ذلك وكان يبين من الاطلاع على أصل صحيفة
الاستئناف المودعة ملف الطعن ، أن قلم كتاب محكمة
استئناف القاهرة قد مهرها بخاتم المحكمة وقدر الرسم
وتم سداده بالكامل وحدد قلم الكتاب تاريخ الجلسة
لنظر الاستئناف على صحيفته وتتابع كل ذلك في تاريخ
واحد هو العاشر من فبراير سنة ١٩٩٠ ، ولما كانت المادة
٢٢٧ من قانون المرافعات تنص على أن ميعداد
الاستئناف أربعون يوماً وكان الحكم الابتدائي قد صدر
بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٣١ فإن ميعداد الطعن بالاستئناف
ينتهي يوم الجمعة ١٩٩٠/٢/٩ وهو عطلة رسمية
فيتمدد الميعاد إلى اليوم التالي ١٩٩٠/٢/١٠ عملاً
بالمادة ١٨ من قانون المرافعات وهو اليوم الذي رفع فيه
الاستئناف بإيداع صحيفته قلم الكتاب فيكون مرفوعاً
في الميعاد المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ مرافعات وإذا
خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط الحق
في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد إذ إعتد بالقيده بالسجل
الحاصل في ١٩٩٠/٦/٦ ولم يعتد بإيداع الصحيفة
قلم الكتاب في ١٩٩٠/٢/١٠ فإنه يكون قد أخطأ في
تطبيق القانون بما يوجب نقضه وإذا حجب هذا الخطأ عن
الفصل في موضوع الاستئناف .

(الطعن رقم ٢٥٠٣ لسنة ٦٦ ق)

٢- المتكرر - فى قضاء محكمة النقض - أن توقيع المحضر على صورة الإعلان هذا البيان متعلق بالنظام العام لأن توقيع المحضر هو الذى يكسب الورقة صفتها الرسمية ولما كانت هذه الغاية لا تتحقق إلا بإشتمال صورة الإعلان على التوقيع وللمعلن إليه الحق فى أن يتمسك ببطان الصورة المعلقة ولو خلا أصلها من أسباب البطان باعتبار أن الصورة بالنسبة له تقوم مقام الأصل . ولا يصح هذا البطان حضور المعلن إليه بالجلسة أو إيداعه مذكرات بدفاعة بما لا مجال معه لإعمال نص المادة ١١٤ من قانون المرافعات فى هذا الخصوص إذ إغفال توقيع المحضر على صورة الاعلان بعدم ذاتيتها كورقة رسمية ولا يسقط البطان الناشء عنه بالمحضر أو بالنزول عنه .

٣- إذ كان أصل الإعلان هو وحده - دون الصورة - الذى يرفق بملف الدعوى باعتباره من أوراقها - أما صورة الإعلان فقد أعدت لإخطار المعلن إليه بالدعوى فإن إعمال هذا النظر مشروط بأن تكون الورقة التى يقدمها المعلن إليه للمحكمة تأييداً لدفاعة هى ذات صورة الإعلان التى قام المحضر بتسليمها إليه وهذه مسألة أولية لازمة للفصل فى سعة الإعلان أو بطلانه وعلى محكمة الموضوع أن تتحقق منها ويقع عبء الإثبات على المعلن إليه إذ من المقرر أن الأصل فى الإجراءات أنها روعيت ويقع عبء إثبات العكس على من يدعيه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن صورة صحيفة الاستئناف المعلقة للمطعون ضدهم أن البيان الوحيد الثابت بها هو تاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظر الطعن وأن هذه الصورة خلت من بيان تاريخ إعلانها واسم المحضر مباشر الإعلان والمحكمة التى يعمل بها وشخص المخاطب معه وتوقيع المحضر وهى بحالتها جاءت

مغايرة تماماً لأصل الصحيفة التى استوفت هذه البيانات وانتهى الحكم المطعون فيه إلى بطلان صحيفة الاستئناف دون أن يبحث ما إذا كان المستند المقدم من المطعون ضده الأول وهو وحده الذى تمسك ببطان صحيفة الاستئناف هو ذات صورة الإعلان التى قام المحضر بتسليمها إليه وقد اعتبرها الحكم هى صورة الإعلان التى سلمت للمستأنف ضدهم الخمسة دون أن يبين سنده ذلك خاصة أن الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المستأنف ضده الثانى هو وحده الذى تمسك بجلسة ١٩٨٩/٩/٢ ببطان الإعلان وقدم مذكرة بجلسة ١٩٨٩/٩/٢٣ ردد فيها هذا الدفع والثابت من الأوراق أن المستأنف ضده الثانى قدم مذكرة بدفاعة فى الإستئناف بجلسة ١٩٨٩/٩/٢٣ لم يتمسك فيها بهذا الدفع مما يعيب الحكم .

(الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٩١ ق)

(٣٢)

جلسة الخميس

٩ من مارس سنة ١٩٩٥

١- دعوى « الطلبات فى الدعوى » ، الطلب المعارض .
حكم .

- كفاية تقديم الطلب المعارض فى مواجهة الخصم وراثاته بمحضر الجلسة . لرفع الادعاء الفرعى ، التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر ، صحيح فى القانون .

٢- إيجاز « إيجاز الاماكن » : الامتداد القانونى لعقد الإيجاز « محكمة الموضوع » ، سلطتها فى تقدير الأدلة والأحوال الشهود .

- الإقامة التى يترتب عليها إمتداد عقد الإيجاز .
٢٩م ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . المقصود بها ، الإقامة

المستقرة المعتادة ، تقدير الإقامة المستقرة . من سلطة محكمة الموضوع . لها فهم الواقع فى الدعوى ويبحث ما يقدم لها من دلائل ومستندات والموازنة بينها وترجيح شهادة على أخرى دون بيان أسباب الترجيح طالما لم تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها - عدم إلزامها بتتبع حجج الخصوم فى مناحى دفاعهم . علة ذلك .

١- النص فى المادة ١٢٣ من قانون المرافعات على أن « تقدم الطلبات العارضة من المدعى أو المدعى عليه إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع قد اعتبر تقديم الطلب العارض شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم كافياً لرفع الإدعاء الفرعى ويتحقق به ما يتحقق برفعه الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فإثبات الطلب العارض بمحضر الجلسة يغنى عن إيداع صحيفته قلم الكتاب وقيدها وتقديم الطلب فى مواجهة الخصم المحاضر بالجلسة يتحقق به إنعقاد الخصومة فى الطلب العارض ، لما كان ذلك وكان الثابت بمحضر الجلسة ١٩٨٧/١١/٥ أمام محكمة أول درجة أن المحاضر عن المطعون ضدهم قد وجه - فى مواجهة المحاضر عن الطاعة طلباً عارضاً بالإلزام الطاعة بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها الثالثة عن الشقة محل النزاع باعتبار أنها كانت تقيم بها مع والدتها حتى وفاتها وكان هذا هذا الإجراء كافياً لرفع الدعوى الفرعية وإنعقاد الخصومة فيها على نحو ما سلف بيانه وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر فى الرد على رفع الطاعة بعدم إنعقاد الخصومة فى الدعوى الفرعية أمام محكمة

أول درجة لعدم إعلاتها بصحيفتها لا يكون قد خالف القانون .

٢- المقصود بالإقامة التى يترتب عليها إستمرار عقد الإيجار لصالح أقارب المستأجر نسباً ومصاهرة اللذين أوردتهم الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المنطبق على واقعة النزاع - هى وعلى ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض الإقامة المستقرة المعتادة وإنصراف نية المقيم أن يجعل من هذا الحكم مراحة ومغذاء بحيث لا يعرول على ماوى دائم وثابت سواء والفصل فى كون الإقامة مستقرة بهذا المعنى أم لا من إطلاقات محكمة الموضوع تستخلصها مما يقدم لها من دلائل ومستندات وموازنة بعضها ببعض الآخر ولها ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر دون بيان أسباب الترجيح ما دامت لم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها وليس بإلزام عليها أن تتبع مناحى دفاع الخصوم إذ فى الحقيقة التى أوردتها وأقامت دليلها الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء « برفض طلب الطاعة إنتهاء عقد إيجار الشقة محل النزاع وإلزامها بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها على ما أوردته بمذوناته من أن المحكمة تعطين إلى أقوال شهود المستأنف عليها الثالثة (المطعون ضدها الثالثة) التى أبدت أمام المحكمة والتى كانت أبدت أمام محكمة أول درجة وتستشف منها إقامة المستأنف عليها الثالثة بشقة النزاع إقامة دائمة مستمرة حال حياة والدتها وبعد وفاتها وكان ما استخلصه الحكم من أقوال شاهدى المطعون ضدها الثالثة أمام درجتى التقاض له أصله الثابت بالأوراق ولا يخرج عما يؤدى إليه

موطنه في ١٩٨٩/١/١٩ فلإن تجنيسته في ١٩٨٩/٤/١١ في مرحلة لاحقة على الدعوى والحكم فيها الحاصل في ١٩٨٩/٢/٢٨ لا يؤثر تجنيده بعد ذلك في صحة إعلانه ومن ثم لا محل للتحدى بحكم المادة ١٣/٦ من قانون المرافعات التي توجب تسليم صورة الاعلان فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة إلى النيابة العامة لتقوم بتسليمه إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة . لما كان ذلك وكان الثابت من صحيفة الاستئناف أن المظنون ضده ضمنها أنه تم تجنيده بالقوات المسلحة في ١٩٨٩/٤/١١ وكان الثابت من حافظة مستنداته المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنه قدم شهادة تفيد تجنيده بالقوات المسلحة في ١٩٨٩/٤/١١ ولا يغير من ذلك قيام المظنون ضده بسحب هذا المستند بعد صدور الحكم المظنون فيه ولما كان تاريخ التجنيد لاحق لإعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى وإعادة إعلانه والحكم الابتدائي الصادر فيها ومن ثم صح إعلانه والحال كذلك في موطنه وفقاً لأحكام المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات ، وإذ خالف الحكم المظنون فيه هذا النظر وأقام قضاة بطلان صحيفة افتتاح الدعوى تأسيساً على أن المظنون ضده من أفراد القوات المسلحة وكان يتعين إعلانه بالطريق المنصوص عليه في المادة ١٣/٦ من قانون المرافعات بتسليم صورة الإعلان بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة فإنه يكون معيباً .

(الظمن رقم ٢٤٦٩ لسنة ٦٦ ق)

(٣٤)

جلسة الخميس

٣٠ من مارس سنة ١٩٩٥

١ - شركات «إدماج الشركات» .

- إدماج شركة في أخرى . مؤداه . خلافة للشركة الأخيرة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها

مدلول شهادتها كما أن ما أورده الحكم يتضمن الرد الضمني المسقط لكل ما تمسكت به الطاعنة من أوجه دفاع يتعلق باثبات إقامة المظنون ضدها الثالثة بشقة أخرى تمتلكها بدائرة محافظة الجيزة وتقوم بتأجيرها مفروشة بخلاف الشقة محل النزاع الكائنة بالقاهرة ولا يعد ذلك من قبيل الإحتجاز المحظور قانوناً في البلد الواحد إذ أن ذلك لا يتسع - وعلى ما جرى به قضاء الهيئة العامة لمحكمة النقض لأكثر من مدينة واحدة ومن ثم فإن ما تنعاه الطاعنة بهذين السببين لا يعدوا أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المطروحة فيها وهو ما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة .

(الظمن رقم ١١٣٣ لسنة ٦٦ ق)

(٣٣)

جلسة الخميس

١٦ من مارس سنة ١٩٩٥

- إعلان «إعلان أفراد القوات المسلحة» موطن .

- إعلان الخصم بصحيفة افتتاح الدعوى في موطنه الأصلي تجنيده في تاريخ لاحق . لا أثر له على صحة الإعلان .

- أنه وإن كانت المادة ١٣/٦ من قانون المرافعات قد نصت على تسليم صورة الإعلانات فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة في حكمهم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة إلا أن مؤدى نص المادتين ١٠ ، ١٢ من ذات القانون هو وجوب توجيه الإعلان ابتداءً إلى الشخص في موطنه وإذا كان الثابت أن الطاعن أعلن بصحيفة افتتاح الدعوى في موطنه الأصلي في ١٩٨٨/١١/١٢

من التزامات - أثر ذلك وجوب إختصاص الشركة الدامجة دون غيرها فى خصوص هذه الحقوق والالتزامات .

٢ - **إيجار** « **إيجار الأماكن** » **خبرة** « **مهمة الخبير** » **حكم** « **تسييه** » « **عيوب التدليل** » « **بابعد قصور** »:

- **تكيف الرابطة بين المضمون . مسألة قانونية .**
لا يجوز للخبير المتطرق إليها ولا للمحكمة النزول عنها . إنتهاء الخبير إلى أن جميع القرارات والإجراءات التى اتخذت لم تتضمن نقل تسمية المحلات موضوع النزاع للشركة الدامجة اعتماد الحكم المطعون بتقرير الخبير فى هذا الصدد والقضاء بفسخ عقد الإيجار دون أن يعرض بأسباب مستقلة لتكيف العلاقة خطأ وقصور .

١ - **المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه يترتب على الإدماج الذى يقع بين الشركات التى تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة خلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة وتؤول جميع عناصر ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة التى تحمل محلها قانونياً فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتختلف فى ذلك خلافة عامة وتغذى هى الجهة التى تختص وحدها دون غيرها فى خصوص هذه الحقوق والالتزامات .**

٢ - **إذ كان الثابت من المستندات المقدمة من الطاعنين بملف الطعن أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بدفاع مؤداه أن قرار وزير التامين رقم ١٩٩ لسنة ١٩٨٤ قد انتهى إلى نقل تسمية الوحدات الإنتاجية الخاصة بشركة مطاحن شرق الدلتا - الطاعنة فى الطعن الأول رقم ٧٤٣٢ لسنة ٦٣ق - وادماجها فى شركة مطاحن شمال القاهرة - الطاعنة فى الطعن الثانى رقم ٧٤٩٤ لسنة ٦٣ق - وأن الوحدات المعنية بالقرار المشار إليه هى تلك التى كانت تتبع شركة مطاحن شرق**

الدلتا ومنها وحدات شبرا الخيمة ووحدات « الصورة إخوان » وقد أصبحت شركة مطاحن شرق القاهرة بعد إدماج شركة مطاحن شرق الدلتا فيها ونقل تسمية وحداتها إليها هى الخلف العام للشركة المستأجرة الأصلية دون أن يعد ذلك تنازلاً عن عقدي الإيجار موضوع الدعوى كأثر لتنفيذ القرار الوزارى المشار اليه دون أدنى أعمال لإدارة الشركة الطاعنة الأولى فى ذلك ، وأن هذا الإدماج لا يعد تأجيراً من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار ، وكان الحكم المطعون فيه قد إستند فى النتيجة التى خلص إليها على ما ساقه الخبير فى تقريره للتدليل على أن جميع القرارات والإجراءات التى اتخذت لم تتضمن نقل تسمية المحلات موضوع النزاع للشركة الدامجة ، ورتب الحكم على ذلك قضاء بفسخ عقدي الإيجار موضوع الدعوى حالة أن وصف الرابطة بين المضمون وإسباغ التكيف القانونى عليها هى مسألة قانونية بحته فلا يجوز للخبير أن يتطرق إليها ولا للمحكمة أن تنزل عنها لأنها ولايتها وحدها ، إلا أن الحكم لم يتناول دفاع الطاعنين بالبحث والتسميخ ولم يورد أسباباً تتضمن الرد عليه مع أنه دفاع جوهرى - لو صح - قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى مما مقتضاه أن تواجه محكمة الموضوع صراحة وتفرد أسباباً للرد عليه وما أغنى عنه إستنادها لما أورده الخبير فى هذا الشأن وإذ لاغناء عن أن تقول هى كلمتها فى شأنه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إلتقت عما أثاره الطاعنان من دفاع جوهرى فإنه يكون معيباً .

(الطعن رقم ٧٤٣٢ ، ٧٤٩٤ لسنة ٦٣ ق)

المستحدث
من
الأحكام

ومحلهم المختار جميعاً مكتب الأستاذ / محمد
صميده عبد الصمد المحامى الكائن برقم ٣٣ جامعة
الدول العربية بالمهندسين قسم العجوزة - محافظة الجيزة
وحضر بالجلسة الأخيرة الأستاذ / صميده محمد
صميده عبد الصمد شخصياً وعن باقى المستأنفين ومعه
الأستاذ / زكريا عامر إبراهيم درويش المحاميان .

ضد :

- ١ - السيد الدكتور/ نصر حامد أبو زيد .
- ٢ - السيدة / ابتهاج أحمد كمال يونس .

وعلنانا محل اقامتهما الكائن بمدينة ٦ أكتوبر بالحي
التميز المجاورة الرابعة عمارة رقم ١٠ ع ٣ الدور الأرضي
شقة (١١) التابع لقسم شرطة ٦ أكتوبر محافظة الجيزة .
وحضر بالجلسة الأخيرة الأستاذ / أيمن البدرى عن
الأستاذة/ أميرة بهي الدين المحامية .

الموضوع

استئنافاً عن الحكم الصادر من محكمة الجيزة
الابتدائية فى الدعوى رقم ٥٩١ لسنة ١٩٩٣ أحوال
شخصية نفس كلى الجيزة بجلسة ١٩٩٤/١/٢٧ .

المحكمة

اقام المستأنفان وآخر الدعوى ٥٩١ لسنة ١٩٩٣
أحوال نفس كلى الجيزة بصحيفة معلنه للمستأنف
ضدهما أوردوا بها أن المستأنف ضده الأول ولد فى
١٠/٧/١٩٤٣ فى أسرة مسلمة ، وتخرج بكلية الآداب
بجامعة القاهرة ويشغل الآن وظيفة أستاذ مساعد
الدراسات الإسلامية والبالغة بالكلية ومتزوج بالمستأنفة
ضدها الثانية وقام بنشر هذه الكتب وأبحاث ومقالات
تضمنت طبقاً لما رآه علماء عدول كفرة يخرجهم عن
الإسلام عما يعتبر معه مرتداً ، ومن ثم يتعين تطبيق
أحكام الرد عليه واورد المستأنفان ومن معهم تفصيلاً

باسم الشعب محكمة استئناف القاهرة الدائرة (١٤) أحوال نفسية حكم

بالجلسة المنعقدة علناً بسراى محكمة استئناف
القاهرة بدار القضاء العالى بشارع ٢٦ يوليو بالقاهرة .

برئاسة السيد الأستاذ المستشار/

فاروق عبد العليم مرسى

رئيس المحكمة

ومعضوية السديدين الأساتذيين :

نور الدين يوسف - محمد عزت الشاذلى
المستشارين

وبحضور السيد الأستاذ /

حسن عبد الرحمن

رئيس النيابة

وحضور السيد /

أحمد عبد الحميد عبد الجواد

أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى الاستئناف المقيد بجدول الأحوال الشخصية تحت
رقم ٢٨٧ لسنة ١١١١ ق القاهرة .

المرفوع من :

- ١ - محمد صميده عبد الصمد .
- ٢ - عبد الفتاح عبد السلام الشاهد .
- ٣ - أحمد عبد الفتاح أحمد .
- ٤ - هشام مصطفى حمزة .
- ٥ - عبد المطلب محمد أحمد حسن .
- ٦ - المرسى الرسمى الحيدى .

لما أجملوه عما ورد في كتابات المستأنف ضده الأول على النحو التالي :

(ولا : كتاب (الاصام الشافعي وتأسيس الابدولوجية الوسطية) واعد عنه الدكتور محمد بلتاجي أستاذ الفقه وأصوله وعميد كلية دار العلوم تقريراً أورد به العبارات التي تعد كُفراً .

ثانياً : كتاب عنوانه (مفهوم النص - دراسة في علوم القرآن) ويقوم بتدريسه لطلبة الفرقة الثانية بقسم اللغة العربية بكلية الآداب وانطوى على كثير مما رآه العلماء كُفراً يخرج صاحبه عن الإسلام على نحو ما ورد بتقرير الدكتور اسماعيل سالم عبد العال أستاذ الفقه المقارن المساعد بكلية دار العلوم ، وعلى نحو ما جاء بتقرير الدكتور عبد الصبور شاهين أيضاً .

ثالثاً : من واقع كتب وأبحاث المستأنف ضده الأول فإن كثيراً من الدارسين والكتاب وصفوه بالكفر الصريح على نحو ما جاء بجريدة الأهرام بأعدادها ١٢/٨/١٩٩٢ ، ٢٦/١/١٩٩٣ ، ١٠/٤/١٩٩٣ ، ١٢/٤/١٩٩٣ ، ١٩/٤/١٩٩٣ ، وفي جريدة الأخبار في ٢٣/٤/١٩٩٣ ، وجريدة الشعب ٤/٥/١٩٩٣ ، والحقيقة في ٨/٥/١٩٩٣ وأن المستأنف ضده لم ينف شيئاً عن تكفيره ، واستطرد المستأنفون ومن معهم أن آثار الردة التفريق بين المرتد وزوجته ، وطلب التفريق من دعاوى الحسبه ، ومن ثم انتهى المستأنفون ومن معهم إلى طلب الحكم بالتفريق بين المستأنف ضده والمستأنف ضدها .

وحيث أن الدعوى نظرت أمام محكمة أول درجة على النحو الوارد ومحاضر جلساتها ثم اصدرت المحكمة المذكورة في ٢٧/١/١٩٩٤ حكماً بعدم قبول الدعوى .

وحيث أن المستأنفين لم يقبلوا هذا الحكم فأقاموا الاستئناف المائل بصحيفة قدمت لقلم الكتاب وقيدت في ١٠/٢/١٩٩٤ طليهاً في ختامها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع بالقاء الحكم المستأنف والقضاء بالتفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية واحتياطياً إحالة الدعوى للتحقيق ، وأقام المستأنفون هذه الطلبات على أن الحكم المستأنف قد انطوى على عيوب عديدة وجسيمة تبطل حاصلها :

١ - زعم الحكم المستأنف أن محكمة النقض في قضائها في مسائل الأحوال الشخصية اغفلت ما توجه المادتان الأولى والخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تطبيق قانون المرافعات في مسائل الأحوال الشخصية وهذا الزعم غير صحيح فمحكمة النقض ناقشت ذلك وغرست القواعد الخاصة في هذا الشأن وهو ما خالفه الحكم المستأنف .

٢ - القضاء في أعلى درجاته ذهب إلى اعتبار المصلحة قائمة ومتوافرة دائماً في دعوى الحسبه وأنها مفترضة في واقعها سواء أكان القضاء العادي أم الإداري ، أم أقوال شراح القانون ، وهو ما خرج عليه الحكم المستأنف .

٣ - أن صدور قانون المرافعات الجديد ١٣ لسنة ١٩٦٨ ودستور سنة ١٩٧١ في مادته الثانية لا دخل لها في الدعوى المائلة وإذ أحقهما الحكم المستأنف تسبباً لقضائه يكون قد أخطأ في التسبب مما يبطل قضائه .

وحيث أن الاستئناف تداول في الجلسات حيث قدم محامى المستأنف ضدها مذكرة بجلسة ٢٦/٧/١٩٩٣ تمسك فيها بكل دفاع ودفع سبق أن طرح في هذا النزاع منذ مولده طالباً رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف للأسباب التي وردت من قبل وفي المذكرة المقدمة :

كما قدمت النيابة العامة مذكرة رأيت فيها تفويض الرأي للمحكمة للأسباب التي أوردتها .

وحيث أن الاستئناف حجز للحكم لجلسة ١٩٩٥/٥/١٨ مع التصريح بمذاكرت لمن يشاء في الشهر الأول ، فقدمت النيابة العامة مذكرة البت فيها الحكم بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه والقضاء مجدداً برفض الدعوى المستأنف حكماً ، كما قدم المستأنفون مذكرة التمسوا فيها الحكم بطلانهم للأسباب الواردة بها كما قدم وكيل المستأنف ضدتهما مذكرتين خصصت الأولى مع التمسك بكافة الدفوع واجبة الدفاع وبالطلبات الواردة بالمذكرة السابق تقديمها لجلسة ١٩٩٤/٧/٢٦ بالرد على ماورد بمذكرة النيابة الأولى ، وحثت المذكرة الثانية الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة مع التمسك بأوجه الدفاع وبالدفع السابق إيرادها في المذكرات السابقة مع طلب الحكم برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف .

وحيث أن المحكمة قررت من أجل الحكم لجلسة ١٩٩٥/٥/٢٩ لتعذر المناولة ثم من أجل الحكم لجلسة اليوم لاتمام الاطلاع ، وحيث أن الاستئناف حاز شكله المقرر .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة لعدم وجود مصلحة مباشرة بالمستأنفين والذي قبله الحكم المستأنف فيانه من المقرر أن هذا الدفع موضوعي وليس من الدفوع الاجرائية ، وكانت المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أنه (تتبع أحكام قانون المرافعات الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكمل) ومنطوق هذا النص ومفهومه أن المسائل الاجرائية في الأحوال الشخصية والوقف والتي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية تخضع لأحكام قانون

المرافعات بشرطين أحدهما ألا تكون قد وردت بشأن هذه المسائل الاجرائية قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والثاني ألا تكون قد وردت بشأنها قواعد خاصة في قوانين مكملة للائحة في حالة تغلف الشرط الأول وتتبع القواعد الواردة للائحة ، وفي حالة تغلف الشرط الثاني تتبع (اللوائح) القواعد الواردة بالقوانين الخاصة ، أما المسائل الموضوعية في الأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية فتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وذلك عملاً بالمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ المذكورة نصت على أنه (تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد) وحكم المادتين الخامسة والسادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ هو ما سارت عليه أحكام المحاكم بكافة درجاتها منذ صدور القانون المذكور ، وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر فأعمل أحكام قانون المرافعات على الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الصفة والمصلحة ، وهو دفع موضوعي يتعلق بموضع الحق في الدعوى ومن ثم كان يتعين عليه أن يعمل عليه الأحكام الواردة بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة لعدم وجود أحكام خاصة لهذا الموضوع لا في اللائحة ولا في قوانين خاصة فإن الحكم المستأنف يكون خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

وحيث أنه من المقرر وفق أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة أن الشهادة حسبة بلا دعوى تقبل في حقوق الله تبارك وتعالى كأسباب الحرمان من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقاً لله تعالى (بدائع الصنائع ٢٧٧/٦ ، الأشباه والنظائر لابن قيم ٢٤٢/٢) فيكون واجباً كفاً أن يتقدم المكلف إلى القاضي للشهادة على حد خالص لله تعالى أو لرفع حرمة قائمة كعاشرة مطلق

محكمة أو درجة وعلى المدعى عليهما أمامها ، ولم يتقدم أحد للتدخل في المرحلة الاستئنافية القائمة ، كما لم يجعل ادخال لأحد في هذه المرحلة ومن ثم فإن هذه الدفوع تكون غير مطروحة على المحكمة .

وحيث أنه عن الدفوع التي أبدلها المستأنف ضدّها فإن المحكمة تتعرض لها تبعاً :

أولاً : عن الدفع بعدم انعقاد الخصومة لعدم الاعلان صحيحاً في المدة القانونية ، وهو كما ورد بمذكرة محامى المستأنف ضدّها يقوم على أنها أعلنتا بمحل اقامتهما في ١٩٩٣/٥/٢٥ بدائرة قسم ٩ أكتوبر ، ولغلق السكن أعلنتا في مراجعة مأمور قسم الهرم مما يبطل الاعلان .

وحيث أن هذا الدفع مردود ذلك أن الشابت أن المستأنف ضدّها حضرا بجلسات محكمة أول درجة ابتداء من جلسة ١٩٩٣/١١/٤ والتي تأجلت لها الدعوى من جلسة ١٩٩٣/٦/١٠ وكان من المقرر عملاً بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات انه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعاً لفعل المدعى ، وكان الثابت من الصحيفة أن المستأنفين ذكروا محل الإقامة الصحيح للمستأنف ضدّها إلا أن المحضر أثبت انتقاله لهذا العنوان بدائرة قسم ٩ أكتوبر ووجده مغلقاً فلم صورة الاعلان لقسم الهرم فيكون عدم تمام التكليف بالحضور لم يرجع للمستأنفين وإنما يرجع لأعمال المحضر ومن ثم تكون الخصومة قد انعقدت بحضور المستأنف ضدّها ولا تتوافر شروط اعتبار الدعوى كأن لم تكن الواردة بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات ، وتشير المحكمة أن المادة المذكورة اجرائية ولا يوجد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو أى قانون خاص ما ينظم هذه المسألة فتكون هذه المادة واجبة الأعمال على اجراءات رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة .

باتناً بيثونه كبرى لمطلقة أو صغرى بغير عقد جديد أو لمرتد لزوجته المسلمة ، أو لكافر تزوج مسلمة وغير ذلك وتشير المحكمة أن المقصود بحقوق الله تعالى وحرماته هو ما تعلقت بالمصلحة العامة أو بعموم الأمة الإسلامية ونسبت إلى الله تعالى لشرفها واتصالها بمصلحة المجتمع المسلم عامة ، تمييزاً لها عن حقوق الافراد التي تتصل بمصلحة فرد أو أفراد على سبيل التcheidung والاختصاص ، والله سبحانه مالك الملك لا يند عن ملكه شيء ، والمصلحة في ذلك هو رفع لنكر ظهر فعله أو أمر بمعروف ظهر تركه عملاً بقول الحق تبارك وتعالى ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾ سورة آل عمران الآية ١١٠ ، وكذا قول الله جل شأنه ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ سورة آل عمران الآية ١٠٤ فترك المعروف يؤذى كل مسلم وشيوع المنكرات في المجتمع أشد ايداً له فكانت له مصلحة مباشرة في اقامة دعوى الحسبة ، وامتدت دعوى الحسبة من النظام الإسلامى إلى القضاء الإدارى في فرنسا ، وفي غيرها وعلى الأظهر لدعوى الغاء القرارات الادارية المعيبة وبدأ القضاء المصرى ينحو هذا النحو مما يعرف في موضعه ، لما كان ذلك فإن المستأنفين إذا أقاموا هذه الدعوى بطلب التفریق بين المستأنف ضدّه الأول وزوجته المستأنف ضدّها الثانية بدعوى أن الأول ارتد عن دين الإسلام وأن الثانية مسلمة فإن هذه الدعوى تقبل من المستأنفين حسبها أسلف القول ولهم الصفة في اقامتها ، وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر يكون واجب الالفاء . ولما كان الفصل في الدفع بعدم القبول هو فصل فى مسألة موضوعية تتعلق بأصل الحق فى الدعوى مما تكون محكمة أول درجة قد استنفذت ولايتها بالفصل فى النزاع ومن ثم تتصدى هذه المحكمة للفصل فيه .

وحيث أنه عن الدفوع المتعلقة بالتدخل والادخال وكان الاستئناف لم يرفع إلا من بعض المدعين أمام

وتتطوى عليه سريره ، وهو أمر لا دخل للقضاء به ولا للناس بالبحث فيه وإنما يتصل بعلاقة الانسان بخالفه .

الردة خروج على النظام الإسلامى فى أعلى درجاته وفى قمة أصوله بأفعال مادية ظاهرة ، يقترب منها فى القانون الوضعى الخروج على الدولة ونظامها أو الخيانة العظمى ، الردة يفصل فى شأنها القاضى والمفتى ، أما عقوبة الاعتداء على الدين بالردة ، لا تتنافى مع الحرية فى وقائع الحياة الشخصية لان حرية العقيدة تستلزم أن يكون الشخص مؤمناً بما يقول ويفعل وله منطق سليم فى الخروج عن العقيدة ، ومن يخرج على الإسلام لا يكون إلا عن فساد فى فكر أو استهواء بالمادة أو بالجنس أو لغرض آخر من أغراض الدنيا ، ومحاربة هذا الصنف لا تعد محاربة لحرية الاعتقاد وإنما حماية للاعتقاد من هذه الاضواء الفاسدة العابثة أما الاعتقاد فيتعلق بديانه الانسان أى بسريره مع خالقه سبحانه وتعالى ليس للمحاكم أن يتدخل فيه أو يفتش عنه .

يدل على ذلك قول الحق تبارك وتعالى ﴿ إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله ، والله يعلم إنك لرسوله والله يشهد إن المنافقين لكاذبون ، اتخذوا أيمانهم جنة فصدوا عن سبيل الله إنهم ساء ما كانوا يعملون ، ذلك بأنهم آمنوا ثم كفروا فطُمع على قلوبهم فهم لا يفقهون ، وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم وإن يقولوا تسمع لقولهم ﴾ سورة المنافقون الآيات ١-٤ ، ومن ثم لم يتعرض لهم رسول الله ﷺ بشيء ، بل أدى صلاة الجنازة على بعضهم ، وترتيباً على ذلك فإن ما تمسك به المستأنف ضدها بأنه لا يجوز للمحكمة البحث فى حصول الردة لبحث الآثار التى قررها الفقهاء ، والتى تلتزم المحكمة عملاً بالنصوص السالف بيانها بإعمالها لا يكون له دليل صحيح ويتعين الالتفات عنه كما أن ما أدلت به النيابة العمامة بمذكرتها المؤرخه ١٢/٢/١٩٩٥ بإن أوردت بها - أنه لا يمكن القول بارتداد المستأنف ضده الأول بحيث يجب التفريق بينه وبين زوجته المستأنف ضدها لهذا السبب وأما بالنسبة

٢ - الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولاجئاً بنظر الدعوى ، وذكر المستأنف ضدها سنداً له أن طلب التفريق بين الزوجين ادعاءً بردة الزوج يستلزم البحث فى رده الزوج ولا يوجد نص فى القانون المصرى ولا فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يبيّن لأى محكمة أن تقضى بصحة اسلام مواطن أو كفره أو رده ، إلا إذا كانت الردة ثابتة بطريقة لا تدع مجالاً للشك وسواء باقرار من المدعى عليه بالردة أو بأوراق رسمية كأن تقرر امرأة مسلمة انها أصبحت نصرانية لتتزوج بنصرانى ، أما صدور كتابات يفهم منها الردة فإن مفهوم الناس يتفاوت والقرآن الكريم حال أوجه ، وحيث أن هذا الدفع مردود ، ذلك أنه من المقرر عملاً بالمادة الثامنة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن المحكمة الابتدائية تختص بدعاوى الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ، ومن ثم فإن دعوى التفريق بين الزوجين بسبب ردة أحدهما تختص بها المحكمة الابتدائية ، ويكون البحث فى حصول الردة من عدمه مسألة أولية تختص بها المحكمة المذكورة ، لإمكان الفصل فى دعوى التفريق ، وهذه المسألة الأولية لا تخرج عن اختصاصها ، وتشير المحكمة أن هناك فرقاً بين الردة ، فعل ماضى له أركانه وشرائطه وانتفاء موانعه وبين الاعتقاد ، فالردة لا بد لها من أفعال مادية لها كيانها الخارجى ولا بد أن تظهر هذه الأفعال بما لا لبس فيه ولا خلاف أنه يكذب الله سبحانه أو يكذب رسوله صلى الله عليه وسلم وذلك بأن يجرد ما ادخله فى الإسلام ، ولو وجد قول أو رواية أنه لا يكفر بفعل معين ولو كان ضعيفاً فإنه لا يعنى بكفره ، ولا يقضى بكفره لأن الكفر شيء عظيم فلا يجوز جعل المؤمن كافراً متى وجدت رواية بعدم تكفيره ، أما الاعتقاد فهو ما يسره الانسان داخل نفسه ويعقد عليه قلبه وعزمه وتكون عليه نواياه ، فهو يختلف اختلافاً بيناً عن الردة التى هى جريمة لها ركنها المادى تطرح أمام القضاء ليفصل فى قيامها من عدمه وهى تدخل فيما يختص القضاء بنظره أو ما يجب قضاءه ويتعلق به ، أما الاعتقاد فهو ما يكون فيه داخل نفس الانسان

فيها ، ولذا لم يشترط في دعوى الحسبة إذن ولي الأمر لأنها قد تكون متوجهة إلى بعض أعماله أو عماله .

وحيث أنه من موضوع الدعوى وهو طلب التفريق بين المستأنف ضد الأول وزوجته المستأنف ضدها الثانية بدعوى رده الأول وبقاء الثانية على اسلامها فإن الأمر يستلزم بصفه أولية بحث حصول ردة المستأنف ضده الأول عن الدين الإسلامي ، فإن كانت فيستعين بحث آثارها على الزواج القائم بين الطرفين .

وحيث أنه عن الردة ففي المعنى اللغوي ، اسم من الارتداد وهو في اللغة الرجوع مطلقاً ومنه المرتد لأنه المرتد إلى الورا بعد أن تقدم للهداية والرشد ، وفي المعنى الرجوع عن دين الإسلام ، والمرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر وركنها التصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه ، بعد الإيمان ، يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ ومن يرتد منكم عن دينه فسيت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ سورة البقرة الآية ٢١٧ ، ويقول الحق جل شانه ﴿ ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزون ، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ﴾ سورة التوبة الأيتان ٦٥ ، ٦٦ أما المقصود بالكفر الذي يصرح به المرتد أو بلفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه . فإن المحكمة تأخذ بما اتجه إليه كثير من الفقهاء سواء من الحنفية أو الشافعية أو غيرهم من أنه إذا وجد قول عن أحد من الفقهاء ولو كان القول ضعيفاً بعدم كفره فإنه يؤخذ بهذا القول ولا يجوز القول بتكفيره .

لان الإسلام ثابت بيقيناً ولا يزول اليقين إلا بمثله فلا يزول لا بالظن ولا بالشك ، فيلزم أن يكون ما صدر من المدعى برده مجمعا على أنه يفرجه من الملة عند كافة علماء المسلمين وأنتهم مع اختلاف مذاهبهم الفقهية (تراجع : الاعلام بقواطع الإسلام / ابن حجر المكي

لتعريض المستأنف ضده الأول بالدين الإسلامي ومقدساته في كتاباته فإنه يجوز مسأله عنه قضائياً - هذا القول لا يتفق وما يجب على النيابة العامة من الالتزام بإبداء رأياها في المسائل القانونية ، فكان عليها أن تقول أن كتابات المستأنف ضده لا تشكل في نظرها ردة ، أو تقول أنها تشكل ردة موضحة أسباب الرأي الذي تقول به أو تطلب اللجوء إلى طرق اثبات لا ليتضح لها وجه الحق في المسألة أن أشكل عليها الرأي ثم تنتهي إلى إبداء الرأي في طلبات المستأنفين ، غير أنها لم تفعل إذ عدلت عن رأي بسبب مذكراتها المؤرخه ١٩٩٥/١/١٩ إلى رأي غير مسبب بالمذكرة الثانية دون أن توضح سبب العدول .

كما تشير المحكمة إلى أن ما ذكره المستأنف ضدها من أن الردة لا تثبت إلا بالقرار أو بأوراق رسمية هو قول لا سند له لا من الأحكام الفقهية ولا من النصوص القانونية التي تحكم النزاع فالردة أفعال مادية وجريمة من الجرائم (حد من الحدود) يثبت بما تثبت به الحدود بعمامة من (البينات) وطرق الاثبات الشرعية كما أنها من الحدود التي لا يستلزم لها الشرع نصاً خاصاً في شهادة الشهود المثبتة لها .

٣ - الدفع ببطال حضور المستأنفين للجلسات ومباشرة الدعوى على زعم أن دعوى الحسبة ليست مبنية على الرأي وإنما على الفقه الديني الذي (احتوى قراره صدمة الانتقال التي أصابت الخطاب الديني) وإن الدولة هي التي تبشر الحماية القضائية في دعوى الحسبة ، وإن دور المدعى ينتهي برفعها ، وهذا الدفع بدوره مردود ذلك أنه من المقرر وعلى ما سلف بيانه أن دعوى الحسبة لها أصلها من كتاب الله تعالى وأن المكلف وله الحق في إقامتها ، فإن له كافة الحقوق التي أوردتها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية للمدعى سواء في الحضور أو بالظن في الحكم الصادر فيها وذلك إذ لم تقم النيابة العامة بمباشرتها أو الظن في الحكم الصادر

يتعرض المستأنف ضدها لها بالنفى أو التشكيك فى نسبتها لأولهما بل أقر بها فى المذكرات المقدمة وهو اقرار أمام المحكمة لم يعدل عنه ، والمؤلفات هى :

١ - نقد الخطاب الدينى ، دكتور/ نصر حامد أبو زيد
سينا للنشر ، رقم الإيداع ٩٢/٨٧٢٧ .

٢ - الامام الشافعى وتأسيس الايدولوجيه الوسطية
دكتور/ نصر حامد أبو زيد ، سينا للنشر ، رقم
الإيداع ٩١/٩٢٩٧ .

٣ - مفهوم النص ، دراسة فى علوم القرآن ، دكتور
نصر حامد أبو زيد ، اليابان ، ١٨/١٢/١٩٨٧
على الآلة الكاتبة .

٤ - إهدار السياق فى تأويلات الخطاب الدينى ،
دكتور/ نصر حامد أبو زيد على الآلة الكاتبة .

وتورد المحكمة بعض العبارات من الكتب السابقة
للحكم عليها ، القسم الأول :

ما يتعلق بالقرآن الكريم :

١ - يقول المستأنف ضده فى مؤلفه نقد الخطاب
الدينى ص ١٠٢ .

إذا كانت اللغة تتطور بتطور حركة المجتمع والثقافة
فتصوغ مفاهيم جديدة أو تطور دلالات ألفاظها للتعبير
عن علاقات أكثر تطوراً فمن الطبيعي ، بل والضرورى
أن يعاد فهم النصوص وتأويلها بنفس المفاهيم التاريخية
والاجتماعية الأصلية وإحلال المفاهيم المعاصرة والأكثر
انسانية وتقدماً مع ثبات مضمون النص (والنصوص
فى كتابه المؤلف عامة هى القرآن الكريم وإذا أراد
الكلام عن السنة ذكره بالنص الثانوى أو الثانى) .

٢ - يقول المستأنف ضده فى مؤلفه السابق ص
١٩٨ / ١٩٩ ، تتحدث كثير من آيات القرآن عن الله
بوصفه ملكاً (بكسر اللام) له عرش وكبرى وجنود ،
وتتحدث عن القلم والروح ، وفى كثير من الروايات
التي تنسب إلى النص الدينى الثانى - الحديث النبوى -

الهيتمى الفصل الأول ١٠ وما بعدها / طبعة كتاب
الشعب ، حاشية ابن عابدين ٣٩٣/٣ وما بعدها ،
الفتاوى الإنفردية / ١٦١ ، الأشباه والنظائر ابن تيم
(١٩٠ / .

(ويراجع فى الردة كتب التفسير منها / الطبرى
٣١٦/٤ وما بعدها ، القرطبي ٨٥٤ وما بعدها - طبعة
كتاب الشعب ، تفسير المنار ٢٥٣/٢ ، كتب السنة
وشروحها وعلى الأخص التمهيد / ابن عبد البر
٣٠٤/٥ وما بعدها وكتب الفقه للمذاهب المختلفة
للحنفية ، بدائع الصنائع ، ١٣٤/٧ وما بعدها ، فتحي
القدير ٦٨/٦ وما بعدها حاشية ابن عابدين ٣٩١/٣
وما بعدها المالكية / قوانين الأحكام الشرعية / ٣٨٢
وما بعدها ، الشافعية / المذهب / ٢٢٢/٢ ، الحنبلة
المفتى / ١٢٣/٨ وما بعدها) .

والردة تكون بأن يرجع المسلم عن دين الإسلام ظلماً
وعلوّاً بأن أجرى كلمة الكفر عامداً صريحة على لسانه ،
أو فعل فعلاً قطعى الدلالة أو قال قولاً قاطعاً فى
جحد ما ثبت بالآيات القرآنية أو الحديث النبوى
الشريف وأجمع عليه المسلمون فمن انكر وجود الله
تعالى أو أشرك معه غيره أو نسب له الولد أو صاحبه
تعالى عن ذلك علواً كبيراً ، أو استباح لنفسه عبادة
المخلوقات ، أو كفر بأية من آيات القرآن الكريم أو
جحد ما ذكره الله تعالى فى القرآن الكريم من أخبار أو
كفر ببعض الرسل أو لم يؤمن باللائكة أو بالشياطين أو
رد الأحكام التشريعية التى أوردتها الله سبحانه فى
القرآن الكريم ورفض الخضوع لها والاحتكام إليها أو
انكرها أو رد سنة رسول الله ﷺ عامة رافضاً طاعها
والانصياع لما جاء بها من أحكام إلى غير ذلك من
الأمثلة .

وحيث أن المحكمة اطلعت على المؤلفات الآتية
والمقدمة بحفاظ المستأنفين أمام محكمة أول درجة ولم

الحقيقى ، بل هو دليل على وجودها فى الثقافة مفهوماً ذهنياً .. كل المواضع التى وردت فيها الكلمة فى القرآن .. وموضع واحداً بالدلالة الحرفية المرتبطة بنسق من العقائد والتصورات شبه الاسطورية القديمة .

وعن نفس الموضوع يقول المستأنف ضده فى مفهوم النص ص ٣٦ .. أمكننا أن نميز بين هاتين الصورتين صورة الجن الخناس الموسوس الذى يستعاض بالله منه وصورة الجن الذى يشبه البشر فى انقسامه إلى مؤمنين وكافرين ، ولا شك أن الصورة الثانية تعد نوعاً من التطوير القرأى النابع مع معطيات الثقافة من جهه والهادف إلى تطويرها لمصلحة الإسلام من جهة أخرى وفى نفس الاتجاه يقول المستأنف ضده الأول فى مؤلفه اصدار السياق ص ٣٧ ... مازال الخطاب الدينى يتمسك بوجود القرآن فى اللوح المحفوظ اعتماداً على فهم حرفى للنص ، ومازال يتمسك بصوره الاله الملك بعرضه وكرسیه وصولجانه وملكتيه وجنوده المائتة ، ومازال يتمسك بنفس الدرجة من الجزمية بالشیاطین والجن والسجلات التى تدون فيها الأعمال والأخطار من ذلك تمسكه بحرفیه صور العذاب والشواب ، وعذاب القبر ونعيمه ومشاهد القيامة وبالسیر على الصراط ... الخ وذلك كله من تصورات اسطورية .

وحرفیه النصوص المنقولة عن مؤلفات المستأنف ضده الأول سائلة الاشارة تدل بنظورها على ما يأتى :

اولاً: ينكر المؤلف وصف الله تعالى بأنه ملك الواردة بالقرآن الكريم فى آيات كثيرة نص فى ذلك (والنص هنا بمعنى ما يفيد نفسه من غير احتمال) منها :

﴿ فتعالى الله الملك الحق لا اله الا هو رب العرش العظيم ﴾ سورة المؤمنین الآیة ١٦ ، وفى قوله جل شأنه ﴿ قل أعوذ برب الناس ملك الناس ﴾ سورة الناس الآیة ٢ وفى قوله تبارك وتعالى ﴿ قل هو الله الذى لا اله الا هو الملك القدوس ﴾ .

تفاصيل دقيقة عن القلم واللوح والكرسى والعرش وكلها تساهم إذا فهمت حرفياً فى تشكيل صوره اسطورية من عالم ما وراء عالمنا المادى المشاهد المحسوس ، وهو ما يطلق عليه فى الخطاب الدينى اسم (عالم الملكوت والجبروت) ولعل المعاصرين لمرحلة تكون النصوص - تنزيلها - كانوا يفهمون هذه النصوص فهماً حرفياً ولعل الصور التى تطرحها النصوص كانت تنطلق من التصورات الثقافية للجماعة فى تلك المرحلة ، ومن الطبيعى أن يكون الأمر كذلك ، لكن من غير الطبيعى أن يصير الخطاب الدينى فى بعض اتجاهاته على تثبيت المعنى الدينى عند المعاصر الأول رغم تجاوز الواقع والثقافة فى حركتها لتلك التصورات ذات الطابع الاسطورى ، أن صورة الملك والمملكة بكل ما يساندها من صور جزئية تعكس دلالات وأقاعاً مثالياً تاريخياً محدداً كما تعكس تصورات ثقافية تاريخية والتمسك بالدلالة الحرفية للصورة التى تجاوزتها الثقافة وانتفتت من الواقع بعد بمثابة نفى للتطور وتثبيت صورة الواقع الذى تجاوزه التاريخ .

٣ - ويقول المستأنف ضده فى كتابه نقد الخطاب الدينى ص ٢٠٥ / ٢٠٦ / ٢٠٧ ومن النصوص التى يجب أن تعتبر دلالتها من قبيل الشواهد التاريخية النصوص الخاصة بالسحر والحسد والجن والشیاطین .. كانت الأولى تجعل العلم نقطة الارتكاز : السحر ، الحسد ، الجن والشیاطین مفردات فى بنية ذهنية ترتبط بمرحلة محددة من تطور الرعى الانسانى وقد حول النص الشیاطین إلى قوة معوقة وجعل السحر أحد ادواتها لاستلام الانسان .. فقد كان الواقع الثقافى يؤمن بالسحر ويعتقد فيه ، وإذ كنا نطلق هنا من حقيقة أن النصوص الدينية نصوص انسانية لغة وثقافة فان انسانية النبى بكل نتائجها من الانتفاء إلى عصر وإلى ثقافة وإلى واقع لا تحتاج لاثبات ، وما ينطبق على السحر ينطبق على ظاهرة الحسد ... وليس ورد كلمة الحسد فى النص الدينى دليلاً على وجودها الفعلى

مواقع كثيرة منها ما ورد في مؤلفه نقداً للخطاب الديني في صفحات ٧ و ٨ و ٩٩ ، ٢٠٧ .

ثالثاً: ينكر المؤلف وجود الشياطين ويجعل وجودها وجوداً ذهنياً في مرحلة الأمة الإسلامية في بدايتها أي وجوداً في أذهان الناس والقرآن الكريم سايرهم في ذلك وكذلك السحر والحسد وإنها لا وجود للشياطين في الأديان وكذا السحر والحسد والجن وبهذا الإنكار ، ينكر الآيات الكثيرة الواردة عن الشياطين وأن لها وجوداً حقيقياً وأنها من مخلوقات الله سبحانه والآيات قاطعة الدلالة في ذلك ، ورد ذكر الشياطين والشیطان أكثر من ثمانين مرة في مواضع كثيرة من السور منها ﴿ فازلهما الشيطان عنها فأخرجهما عما كانا فيه ﴾ سورة البقرة الآية ٣٦ ومنها ﴿ فوسوس إليه الشيطان قال يا آدم هل أدلك على شجرة الخلد وملك لا يبلى ﴾ سورة طه الآية ١٢٠ ، ﴿ فو ريك لنحشرنهم والشياطين ثم لنحضرنهم حول جهنم جثياً ﴾ سورة مريم الآية ٦٨ .

ولم يقف المستأنف ضده عند حد الإنكار بل أخذ يسخر من النص (وهو يعني القرآن الكريم فيقول (وقد حول النص الشياطين إلى قوة محروقة وجعل السحر أحد أدواتها) هذه العبارة حرفياً من كتاب نقد الخطاب الديني ، ٢٠٦ .

ومنطوق المستأنف ضده في كلامه السالف أن كتاب الله تعالى حوى الكثير من الأباطيل التي سائر المجتمع الإسلامي في بدايته لوجود هذه الأشياء - في أذهان الناس في تلك الحقبة السحيقة من التاريخ وأن على الناس التخلص من هذه الأباطيل والتمسك بالحقيقة التي لا يعرفها إلا المستأنف ضده وحده تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً .

رابعاً: وعن الجن والوسواس الخناس فالمستأنف ضده الأول ينكر وجود الجن حسبما ورد في مؤلفاته كما سلف البهيان ، وهو بهذا ينكرها كمخلوقات لها وجودها الحقيقي والتي اثبت القرآن وجودها في آيات قاطعة الدلالة على ذلك منها :

ثانياً: ينكر المؤلف العرش والكرسى وجنود الله والملائكة ، وهي مخلوقات نزلت الآيات الكريمة قاطعة الدلالة في اثابتها كمخلوقات خلقها الله سبحانه وتعالى ومن الآيات على سبيل المثال :

فعن العرش يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ وهو الذى خلق السموات والأرض في ستة أيام وكان عرشه على الماء ﴾ سورة هود الآية ٧ ﴿ قل من رب السموات السبع ورب العرش العظيم ﴾ سورة المؤمنین الآية ٨٦ و ترى الملائكة حافين من حول العرش ﴿ سورة الزمر الآية ٧٥ ﴾ سبحانه رب السموات والأرض رب العرش عما يصفون ﴿ سورة الزخرف الآية ٨٢ وعن الكرسي قوله الحق تبارك وتعالى ﴿ وسع كرسيه السموات والأرض ﴾ سورة البقرة الآية ٢٥٥ .

وعن الملائكة تزيد الآيات عن ثمانين أية متفرقات في سور القرآن الكريم على أنها مخلوقات الله ورسله وجنوده بدلالة قاطعة على ذلك ومن ذلك قول الحق تبارك وتعالى في سورة فاطر الآية الأولى ﴿ الحمد لله فاطر السموات والأرض جاعل الملائكة رسلاً أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع يزيد في الخلق ما يشاء إن الله على كل شيء قدير ﴾ ويقول الحق سبحانه ﴿ وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثاً أشبهوا خلقهم سكتكب شهادتهم ويسألون ﴾ سورة الزخرف الآية ١٩ ويقول الله تعالى شأنه ﴿ عليها ملائكة غلاظ شداد لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ﴾ سورة التحريم الآية ٦ ويرى المستأنف ضده أن الآيات التي وردت بكتاب الله تعالى إذا فهمت حرفياً تشكل صورة أسطورية ، والأسطورة بالمعنى اللغوى الذى يشكل المستأنف ضده أحد علماتها هي الأباطيل والأحاديث العجيبة ، وهذا القول لا يبعد كثيراً عما حكاه القرآن الكريم عن قول الكافرين في آياته ﴿ يقول الذين كفروا إن هذا إلا أساطير الأولين ﴾ سورة الأنعام الآية ٢٥ ، ولم ترد كلمة أساطير في القرآن الكريم إلا بهذا المعنى ، والمستأنف ضده كرر وصف كتاب الله بهذا اللفظ في

لرب الناس فيجب أن تفهم هذه العقيدة على نحو أذهان الناس اليوم ، والمستأنف ضده بهذا القول يكون قد رد قول الحق تبارك وتعالى عن القرآن الكريم ، بأنه الحق وإن ما ورد به هو الحق وأنه لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وأن الرسول ﷺ لا ينطق عن الهوى وهذه الآيات مثبتة في كتاب الله تعالى ومنها :

قول الحق تبارك وتعالى ، « يا أيها الناس قد جاءكم الرسول بالحق من ربكم » سورة آل عمران الآية ١٧٠ وقوله سبحانه « تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق » سورة آل عمران الآية ١٠٨ وقوله تعالى « ولا تسعوا أرواحكم عسا جاءكم من الحق » سورة المائدة الآية ٤٨ وقوله تعالى ذكره « إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين » سورة الأنعام الآية ٥٧ ويقول سبحانه « إن الذين كفروا بالذكر لما جاءهم وأنه لكتاب عزيز لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » سورة فصلت الآيات ٤١ ، ٤٢ .

ويقول تعالى شأنه « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى » سورة النجم الآيات ٣ ، ٤ ومن المعلوم في اللغة العربية أن الحق له معان تدور كلها حول الشيء الثابت بلا شك ، والمطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه ، وإن الباطل هو بالانقياد له عند الفحص (راجع المفردات في غريب القرآن ، ومختار الصحاح ، المعجم الوسيط) .

ولا زالت المحكمة تواصل عرض ما أورده المؤلف عن القرآن الكريم .

يقول المستأنف ضده في مؤلفه نقد الخطاب الديني :
ص ٩٣ - ٩٤ :

(النص منذ لحظة نزوله الأولى أى مع قراءة النص له لحظة الوحي تحول من كونه نصاً إلهياً وصار فهماً إنسانياً ، لأنه تحول من التنزيل إلى التأويل ، أن فهم النبي للنص يمثل أولى مراحل حركة النص في تفاعله

قول الحق تبارك « وكذلك جعلنا لكل نبي عدواً شياطين الإنس والجن » سورة الأنعام الآية ١١٢ ، ويقول سبحانه بياناً على أنه يحشرهم يوم القيامة « ويوم يحشرهم جميعاً يامحشر الجن قد استكثرتم من الإنس وقال أولياؤهم من الإنس ربنا استمتع بعضنا ببعض وبلغنا أجلنا الذي أجلت لنا ، قال النار مثواكم خالدين فيها إلا ما شاء الله إن ربك حكيم عليم » سورة الأنعام الآية ١٢٨ وفي خلق الجن يقول الحق تبارك وتعالى « وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون » سورة الزاريات ٥٦ والمستأنف ضده لم يكتف بهذا التكذيب للآيات القرآنية قاطعة الدلالة فيما جاءت به بل ينسب إلى القرآن الكريم تطوير صور الجن نبهاً من معطيات الثقافة قولاً من أن سورة الناس مكيه ويقصد قول الحق تبارك وتعالى « قول أعوذ برب الناس ملك الناس إله الناس من شر الوسواس الخناس الذي يوسوس في صدور الناس من الجنة والناس » ويضيف أن النص طوره إلى ما يشبه الناس من انقسامه إلى مؤمنين وكافرين بعد ذلك في سورة الجن ونسى المستأنف ضده أن سورة الجن مكيه أيضاً باتفاق ، بل هي قريبة في ترتيب النزول من سورة الناس أى أن معطيات الثقافة كما يقول كانت واحدة .

خلاصة : ولا يقف المستأنف ضده عند هذا الحد في رمي القرآن الكريم باحتوائه على الأساطير ، بل يضيف إلى ذلك أيضاً صور العقاب والثواب ومشاهد القيامة ليدخلها أيضاً ضمن الأساطير إذا فهمت بحرفية نصوصها ، وآيات العقاب والثواب أى الآيات القرآنية على النار والجنة ، وآيات مشاهد القيامة وعذاب القبر هي آيات كثيرة تمثل جزءاً كبيراً من كتاب الله تعالى .

خلاصة ما أورده المستأنف في هذا الأصل من أصول العقيدة الإسلامية أن الآيات القرآنية لا تمثل واقعاً ولا حقيقة ولكنها تمثل وجوداً ذهنياً في مرحلة العصر النبوي أى في أذهان الناس في ذلك الوقت ، وقد حدثت تطورات في العقول والتاريخ وتغيرت الصور الذهنية

ومن هذه الآيات الكريمة ما يأتي:

قول الحق تبارك وتعالى ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون﴾ سورة التوبة الآية ٦ .

فالقرآن كلام الله بنص الآية ، والمستأنف ضده يصير على أنه (نص إنساني بشري) ويقول الحق تبارك وتعالى في السور المكية : من سورة يونس الآية ١٥ ﴿وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا ائت بقرآن غير هذا أو بدله قل ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسه إن اتبع إلا ما يوحى إلىى إنى أخاف إن عصيت ربي عذاب يوم عظيم) .

ويقول جل شأنه فى الآية ١٧ من نفس السورة ﴿فمن أظلم ممن افترى على الله كذباً أو كذب بآياته إنه لا يبلغ المجرمون﴾ .

ومن سورة النحل الآيتان ، ١٠١ و ١٠٢ يقول الله سبحانه :

﴿وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت متفسر بل أكثرهم لا يعلمون ، قل نزله روح القدس من ربك بالحق ليثبت الذين آمنوا وهدى وبشرى للمسلمين) ومن سورة النمل يقول الله جل شأنه الآية ٦ (وائى لتلقى القرآن من لدن حكيم عليم) فالآيات تدل قطعاً على أن القرآن الكريم الذى تتلوه هو كلام الله تعالى وإن الله سبحانه أنزل كلماته وآياته وهى التى يتلوها رسول الله ﷺ والتى تتلوها اليوم - فالقرآن الكريم ليس فهماً إنسانياً من الرسول ﷺ بلوحى كما يؤكد المستأنف ضده فى كلامه وليس نصاً بشرياً ، وليس منتجاً ثقافياً ونسبة هذه الصفات للقرآن الكريم فيها رد للقرآن الكريم بأكمله بوصفه كلام الله لفظاً ومعنى ورد للآيات القرآنية التى تنص على أن الآيات بذاتها منزلة من الله سبحانه وتعالى كما يقول الحق تبارك وتعالى ﴿لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه﴾ سورة القيامة

بالعقل البشرى ، ولا التفات لمزاعم الخطاب الدينى بمطابقة فهم الرسول لدلالة الذاتية للنص على فرض وجود مثل هذه الدلالة الذاتية إن مثل هذا الزعم يؤدى إلى نوع من الشرك حيث أنه يطابق بين المطلق والنسبى وبين الثابت والمتغير حيث يطابق بين القصد الإلهى والفهم الإنسانى لهذا القصد ولو كان فهم الرسول ، أنه زعم يؤدى إلى تأليهه أو إلى تقديسه باخفاء حقيقة كونه بشراً والكشف عن حقيقة كونه نبياً بالتركيز عليها وحدها ويقول المستأنف ضده فى نفس المؤلف من ٢٠٦

(وإذا كنا ننتقل هنا من حقيقة أن النصوص الدينية نصوص إنسانية بشرية لغة وثقافة ...) .

وفى نفس المؤلف ص ٢١٠ يقول :

يتم تفسير دلالات النصوص بالوثب على بعدها التاريخى والوثب على الشقافة والواقع المعاصرين بالارتداد بهما إلى عصر انتاج النصوص الدينية .

ويقول المستأنف ضده فى مؤلفه مفهوم النص ص ٦٠

(.. وثأى الآية الثانية لتؤكد أن القرآن) مصدر من (قرأ) بمعنى القراءة الذى هو التردد والترتيل ﴿ورتل القرآن ترتيلاً﴾ سورة المزمل الآية ٤ .

أن النص فى إطلاقه هذا الاسم على نفسه ينتسب إلى الثقافة التى تشكل من خلالها :

وعبارات المستأنف ضده بمنطوقها - ولا تفسر المحكمة هذا المنطوق الواضح الجلى لأن التفسير لا يكون مجاله إلا فى الغامض من العبارات - عبارات المستأنف ضده تنفى عن القرآن الكريم كونه نصاً إلهياً وتؤكد على أنه نص بشرى ، وفى ذلك إنكار للآيات القرآنية قاطعة الدلالة فى ذلك وأيضاً لا تستند المحكمة إلى التفسير ولا للتأويل لأن نصوص القرآن الكريم فى هذا الشأن «نص» بالمعنى الاصطلاحي للنص الذى سبق بيانه الذى لا يحتاج لتفسير ولا لتأويل .

وفى ص ٦٠ من كتاب نقد الخطاب الدينى يقول وإذا كان مبدأ تحكيم النصوص يؤدى إلى القضاء على استقلال العقل لتحويله إلى تابع يقتات بالنصوص ويلوذ بها ويحتمى فإن هذا ما حدث فى تاريخ الثقافة العربية الإسلامية .

(ب) وفى قضية المطالبة بمساواة المرأة بالرجل فى الأحكام على خلاف ما ورد بالقرآن الكريم يقول المستأنف ضده فى نفس الكتاب ص ٢٢٢ .

ولا يتم الكشف عن المظهر فى قضية المرأة ومساواتها بالرجل خارج سياق الكشف عن حركة النص الكلية ... المظهر الكلى تحرير الانسان الرجل والمرأة من أسر الارتهاان الاجتماعى والعقلى ، لذلك طرح العقل نقيداً (بالجاهلية) والعقل نقيداً (للمظلم) والحرية نقيداً (للعبودية) ولم يكن يمكن لتلك القيم إلا أن تكون مقمره مدلولاً عليها ، فالنص لا يفرّد على الواقع ما يتصادم معه كلياً بقدر ما يحركه جزئياً ، ولعل مثار الاجتهاد قد تمحّد الآن فى مسألة ميراث البنات بل فى كل قضايا المرأة المثارة فى واقعنا .

ويوضح ما يقصده بصورة أكثر بياناً ص ١٠٥ من نفس الكتاب فيقول :

وفى قضية ميراث البنات بل فى قضية المرأة يصفه عامة مجد الإسلام اعطاها نصف نصيب الذكر بعد أن كانت مستعبده استبعاداً تاماً وفى واقع اجتماعى اقتصادى تكاد تكون المرأة فيه كائناً لا أهلية له وراء التبعية الكاملة بل الملكية التامة للرجل أباً ثم زوجاً . اتجاه الوحي واضح تماماً ، وليس من المقبول أن يقف الاجتهاد عند حدود المدى الذى وقف عنده الوحي وإلا انهارت دعوى الصلاحية لكل زمان ومكان .

وحيث أن هذه العبارات التى صدرت من المستأنف ضده تدل نصاً على أنه لا يقبل أن يقف الاجتهاد عند حدود المدى الذى وقف عنده الوحي وإنما يجب أن يتطور الاجتهاد بالنسبة لهذه الاحكام المنصوص عليها ارتباطاً

الآيات ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ثم إن القرآن الكريم مقدس وصفه الله سبحانه بأنه القرآن العظيم سورة الحجر الآية ٨٧ ووصفه سبحانه ﴿ بل هو قرآن مجيد فى لوح محفوظ ﴾ سورة البروج الآيتان ٢١ ، ٢٢ ووصفه جل شأنه فى سورة ق الآية الأولى ﴿ ق والقرآن المجيد ﴾ ووصفه بأنه الحكيم ﴿ الر تلك آيات الكتاب الحكيم ﴾ سورة يونس الآية الأولى ، ووصفه بأنه شفاء ورحمه للمؤمنين الآية ٨٢ من سورة الاسراء وصفه سبحانه ﴿ وأنه لكتاب عزيز لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾ .

سورة فصلت الآيتان ٤١ ، ٤٢ كما وصفه سبحانه ﴿ أنه لقرآن كريم فى كتاب مكنون ﴾ سورة الواقعة الآيتان ٧٧ - ٧٨ وأنه هدى للناس ، سورة البقرة الآية ١٨٥ ووصفه سبحانه بأنه ﴿ ص والقرآن ذى الذكر ﴾ صوره ص الآية الأولى ووصفه جل شأنه ﴿ الر تلك آيات الكتاب المبين ﴾ سورة يوسف الآية الأولى هذه صفات القرآن الذى انزله الله سبحانه والذى يصفه المستأنف ضده الأول بأنه نص بشرى وأنه (تأنس هكذا) وأنه فهم لرسول الله ﷺ للوحي ، والقول بغير هذا يؤدى إلى نزع من الشرك (هكذا) وإن النص اطلق على نفسه (القرآن) .

٦ - وإذا كان المستأنف ضده توجه إلى العقيدة الإسلامية فى أصلها الأول وهو القرآن الكريم لما سبق ان اوردناه ، كما توجه إلى جزء من أحكام المقيدة الواردة بالقرآن الكريم ايضاً ، فإنه اتجه إلى الشريعة ليوجه إليها الاقوال الاتية :

(أ) من كتاب اهدار السياق فى تأويلات الخطاب الدينى ص ٣٧ يقول المستأنف ضده :

وإذا انتقلنا من مجال العقائد والتصورات إلى مجال الأحكام والتشريعات فالأحكام والتشريعات جزء من بنية الواقع الاجتماعى فى مرحلة اجتماعية تاريخية محددة .

(و) وعن بعض الأحكام الواردة بالقرآن الكريم وهي ملك اليمين ووضع أهل الذمة في الإسلام والمجزية ، نورد بعض عبارات المستأنف ضده من كتابه نقد النص الديني ص ١٠٤ تزييف يجمد النصوص كما يجمد الواقع بالفاء حقائق التاريخ واللغة ومعارية العقل الذي حرره الوحي ، وليس غريباً بعد ذلك كله أن يتعلم ابننا في المدارس أن الإسلام يبيع امتلاك الجوارى ومعاشرتهن معاشره جنسية وأن هذه إحدى الطرائق في العلاقة بالنساء إلى طريقة الزواج الشرعى مادام ذلك قد وردت به النصوص ، وليس غريباً أيضاً في ظل عبودية النصوص أن يتعلموا أن المواطن المسيحي مواطن من الدرجة الثانية يجب أن يحسن المسلم معاملته ، وفي ص ٢٠٥ من نفس الكتاب يقول :

والآن وقد استقر مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن الدين واللون والجنس لا يصح التمسك بالدلالات التاريخية لمسألة الجزية أن التمسك من دلالات الحرفية للنصوص في هذا المجال لا يتعارض مصلحة الجماعة فحسب ، ولكن يضر الكيان الوطني القومي ضرراً بالفاً ، وأي ضرر أشد من جذب المجتمع إلي اللوراء إلى مرحلة تمهاوزتها البشرية في نضالها الطويل من أجل عالم أفضل مبنى على المساواة والعدل والحرية إذ أن المستأنف ضده في العبارات يرى أن التمسك بالنصوص في شأن الجزية يجذب المجتمع للوراء والذي وصل إلى عالم أفضل مما كان عليه ، فالتمسك بالدلالات الحرفية للنصوص هي في نظره قتل التخلف والعودة إليه بعد أن تقدمت البشرية إلى ما هو أفضل وهذا المعنى الحرفي لأقوال المستأنف ضده يكرره في ص ١٠٢ من نفس الكتاب :

فمن الطبيعي بل والضروري أن يعاد فهم النصوص وتأويلها بنفى المفاهيم التاريخية الاجتماعية الأصلية ، واحلال المفاهيم المعاصرة والأكثر انسانية وتقدماً مع ثبات مضمون النص .

بقياس مدى تطوير النص للواقع التاريخي والمعياري في ذلك المنأحي الكلية للوحي ومفهوم ذلك أن القرآن الكريم وإذا أعطى البنت نصف الذكر في الميراث بعد أن كانت لا تراث شيئاً فالانجاء هو اعطاؤها حقها ولكن لم يقرر القرآن الكريم ذلك حتى لا يصطلم بالواقع ، وإنما اكتفى بتحريك الواقع جزئياً ليكمل الناس باجتهادهم هذا الانجاء لنهائيته ، وكذلك الشأن في حجب البنت لباقي الورث ، وكذلك في شهادة امرأتين لشهادة رجل واحد وهكذا .

وهذا الذي ذهب إليه المستأنف ضده هو يعلم انه يخرج على الآيات القرآنية التي تنص على أحكام قطعية في هذا المجال ومن ثم فهو يطالب ويلج ويجعل همه كله عدم تحكيم النصوص على نحو ما نقل الحكم عنه قبل .

وتورد المحكمة بعض الآيات قطعية الدلالة في ميراث الأنثى بالنسبة للذكر ، وفي أن شهادة امرأتين تعدل شهادة الرجل الواحد من ذلك :

قول الحق تبارك وتعالى في سورة النساء من الآية التاسعة :

﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ وفي الآية ١٢ من نفس السورة ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ثم تأتي الآيةان التاليتان لهاتين لتبين طبيعة هذه الأحكام ﴿ تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ﴾ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين ﴾ وعن شهادة امرأتين بالرجل يقول الحق تبارك وتعالى :

﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

فإذا نظرنا للإسلام من خلال منظور الثقافة تبدد ذلك الوهم الزائف الذي يفصل بين العروبة والإسلام ، وبهمش المستأنف ضده هذه العبارة برقم ١ - ويقول في الهامش ما يأتي : أن الفصل بين العروبة والإسلام ينطلق من مجموعة من الافتراضات المثالية الذهنية أولها عالمية الإسلام من دعوى أنه دين للناس كافة لا للعرب وحدهم ورغم أن هذه الدعوى مفهوم مستقر في الثقافة فإن إنكار الأصل العربي للإسلام ومجاوزه للوثب إلى العالمية مفهوم حديث نسبياً .

المستأنف ضده يكرر أن عالمية الإسلام افتراض مثالي ذهني بهذا يرد الآيات قاطعة الدلالة على أن الله سبحانه وتعالى أرسل رسوله محمداً ﷺ للناس كافة عامه وليس لقريش ولا للعرب فحسب ، والآيات لترتيب نزول صدورها كما قرر بذلك علماء علوم القرآن الكريم يقول الله سبحانه في سورة القلم وهي السورة الثانية في النزول بعد سورة العلق ﴿ وإن يكاد الذين كفروا ليزلقونك بأبصارهم لما سمعوا الذكر ويقولون إنه لمجنون ، وما هو إلا ذكر للعالمين ﴾ الآيتان ٥١ - ٥٢ ، وتشكر الآية الثانية في العديد من الصور - وفي سورة الاعراف الآية ١٥٨ يقول الحق تبارك وتعالى ﴿ قل يا أيها الناس إن رسول الله إليكم جميعاً ﴾ ويقول الحق تبارك وتعالى في سورة الفرقان الآية الأولى :

﴿ تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً ﴾

ويقول جل شأنه في سورة سبأ الآية ٢٨ ﴿ وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً ولكن أكثر الناس لا يعلمون ﴾ .

ويقول الله سبحانه في سورة الأنبياء الآية ١٠٧ :

﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾

(د) ويتجه المستأنف ضده أيضاً للهجوم على النصوص بعامة لينفي عنها ثبات المعاني والدلالة وينفي

وحيث أن ما قرره المستأنف ضده في خصوص ملك اليمين يتعارض مع النصوص القطعية الواردة بكتاب الله تعالى والتي يلزم اتباع حكمها إذا توافرت شروطها وانتفت موانعها ، أي إذا وجد ملك اليمين لأركانته الشرعية وشروطه وانتفت موانعه ، فإن لم يجد مالك اليمين فلا مجال لانطباق النص ، ومن الآيات القرآنية التي ترد حكم ملك اليمين الآيات من ١ إلى ٧ من سورة المؤمنون ﴿ قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون والذين هم عن اللغو معرضون ، والذين للزكاة فاعلون ، والذين هم لفرجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ أما ما أورده المستأنف ضده عن معاملة أهل الذمة وما ورد بشأنهم من وجوب الجزية عليهم وأن القول بذلك يعني جذب المجتمع للوراء إلى مرحلة تجاوزتها البشرية في نضالها الطويل من أجل عالم أفضل ، فهذا القول رد لآيات الله تعالى في شأن الجزية ووصف لها بأوصاف قد يتحرج البعض من أن يصف بها كلام البشر وأحكامهم بل وهو قول يخالف ما أوجبه القرآن الكريم والسنة النبوية من أحكام تثقل قسمة المعاملة الإنسانية الكريمة للأقليات غير الإسلامية في الدولة الإسلامية وهي معاملة يتمنى المسلمون في العالم أجمع أن تصال الدول غير المسلحة للأقليات الإسلامية بداخلها طبقاً لمعاملة حكام الإسلام للأقليات غير المسلحة بدلاً من المذابح الجماعية للرجال والنساء والولدان ، أما آية الجزية التي خرج عليها المستأنف ضده وهي أية قاطعة الدلالة فهي الآية ٢٩ من سورة التوبة ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدعون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صافرون ﴾ .

(د) واستمراراً من المستأنف ضده في رد بعض أحكام القرآن الكريم يقول المستأنف ضده في كتابه مفهوم النص ص ٢١ ما يأتي :

خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون ﴿ سورة الذاريات الآية ٥٦ ﴾ ، كما يرد الآيات الكثيرة التي تلزم الإنسان بطاعة ربه سبحانه وتعالى وطاعة رسوله ﷺ كما في قول الحق تبارك وتعالى ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ سورة النساء الآية ٦٥ .

كما أن هذا الذي أورده المستأنف ضده يرد به الآيات الكثيرة التي تفرض على الرسول ﷺ وعلى سائر الأمة الإسلامية حكماً وصحوة إلى يوم الدين ، تفرض على الجميع الحكم بما أنزل الله سبحانه ، وهل يكون إلا الحكم بالنصوص ، ومن هذه الآيات ما ورد بسورة المائدة بالآيتين ٤٩ ، ٥٠ . يقول الحق سبحانه وتعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذروا أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من الناس للأساقون ، أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون ﴾ وفي نفس السورة ينص الحق تبارك وتعالى على صفة من لم يحكم بما أنزل الله سبحانه وتعالى وذلك في الآيات ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ، ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ ، ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ .

(هـ) وإذا كانت المحكمة قد أوردت بعض مقالات المستأنف ضده فما توصيف المذكور لبعض مؤلفاته « نقداً بالخطاب الديني » يقول في ص ١٠ :

فإذا كانت هذه الفصول الثلاثة قد سبق نشرها منفصلة .. فإن وحدتها لا تكمن فقط في وحدة الموضوع الذي يتناوله « وهو الخطاب الديني بل تتجلى بشكل ابرز في كونها جزءاً - حيويًا من منظومة أكبر من منظومة العقل في صراعه ضد الخرافة ، والعدل في صراعه ضد الظلم .

عنها أيضاً وجود عناصر ثابتة بها يقول المستأنف ضده في كتابته نقداً للخطاب الديني ص ٩٩ :

الواقع هو الأصل ولا سبيل لإهداره ، ومن الواقع تكون النص « تكرار المحكمة أن المؤلف يطلق على القرآن الكريم : النص ، والنصوص » ومن لغته وثقافته صيغت مناهجه ... فالواقع أولاً والواقع ثانياً والواقع أخيراً ، وإهدار الواقع لحساب نص جامد ثابت المعنى والدلالة يحول كليهما إلى أسطورة .

وفي ص ٨٣ من نفس الكتاب يقول :

وليس ثمة عناصر جوهرية ثابتة في النصوص ، بل لكل قراءة بالمعنى التاريخي الاجتماعي جوهرها الذي تكشفه في النص .

وفي ص ١٠٣ من كتابه الإمام الشافعي ... يقول المستأنف ضده :

وهذا يدل على أنه ليس لأحد دون رسول الله ﷺ أن يقول إلا بالاستدلال .. وإذا كان هذا الفهم .. ينطلق من موقف ايدولوجي واضح فإن هذا الموقف يعكس رؤية للعالم والإنسان تجعل الإنسان مغلولاً دائماً لمجموعة من الثوابت التي إذا فارقها حكم على نفسه بالخروج من الإنسانية ، وليست هذه الرواية للإنسان والعالم معزولة تماماً عن مفهوم الحاكمية في الخطاب الديني السلفي المعاصر حيث ينظر لعلاقة الله بالإنسان والعالم من منظور علاقة السيد بالعمد الذي لا يتوقع منه سوى الإذعان ثم ينتهي المستأنف ضده إلى غايته من مؤلفه المذكور فيقول فيه ص ١١٠ وقد آن أوان المراجعة والانتقال إلى مرحلة التحرر لا من سلطة النصوص وحدها بل من كل سلطة تعوق مسيرة الإنسان في عالمنا علينا أن نقوم بهذا الآن وقوراً قبل أن يجررنا التيار وهذا الذي صرح به المستأنف ضده إنما يرد به قول الحق تبارك وتعالى في آيات كثيرة عن عبودية الإنسان لله سبحانه وتعالى كما في قوله تبارك وتعالى ﴿ وما

وفى ص ٥٥ يوضح ما يراه المؤلف من دور الشافعى والدافع إليه :

أن تأسيس السنة وحيماً لم يكن يتم بعزل عن المؤلف الايديولوجى الذى اسهنا فى شرحه وتحليله : موقف العصبة العربية القريشية التى كانت حريصة على نزع صفات البشرية عن محمد ﷺ وبالباسه صفات قدسية إلهيه تجعل منه مشرعاً .

وسبق أن قال هذا المعنى ص ٤٥ بألفاظ مقاربه .

وفى ص ٧٤ - ٧٥ يقول المستأنف ضده : ولا شك أن قبول الشافعى للمراسيل .. كاشف عن طبيعة المشروع الذى يريد أن يصعد الذاكرة على أساس الحفظ ومرجعية النصوص . وبعد تعيين السنة وفى ص ١١٠ يقول : هذه الشمولية التى حرص الشافعى على منحها للنصوص الدينية بعد أن وسع مجالها فحول النص القانونى الشارح إلى الأصلوى وأضفى عليه نفس درجة المشروعية .

وهذا الذى أوردته المستأنف ضده عن السنة فيه رد لكثير من الآيات القرآنية الصريحة فى وجوب الرجوع إلى السنة والوعيد لمن يخالفها يقول الله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » سورة النساء الآية ٥٩ . فالرد هنا إلى كتاب الله سبحانه وإلى سنة الرسول ﷺ فى حياته وبعد وفاته عليه الصلاة والسلام .

يقول الله تبارك وتعالى « وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً » سورة النساء / الآية ٦١ ثم يقسم الحق تبارك وتعالى على عدم إيمان من لم يحكم الرسول ﷺ فيما نشب من خلاف وهذا هو التسليم الظاهر ثم لا يجد حرجاً فيما قضى ﷺ وهو التسليم باطنياً بهذا الحكم ،

وحيث أن المحكمة تنتقل إلى كتابات المستأنف ضده عن السنة النبوية ، القسم الثانى : ما يتصل بالسنة النبوية ، ونقلاً عن كتاب المستأنف ضده : الإمام الشافعى وتأسيس الايديولوجية الوسطية العبارات الآتية :

ص ٢٨ : فى محاولة الشافعى ربط النص الثانوى « السنة النبوية » بالنص الأساسى « القرآن .. ص ٣١ لا يخلو بدوره من دلالة على طبيعة مشروع الشافعى المشروع الهادف إلى تأسيس السنة نصاً ، وفى ص ٣٩ يقول فإن الوجه الثالث محل الخلاف وهو استقلال السنة للتشريع يكشف عن طبيعة الموقف الذى أهمل عليه تراب النسيان فى ثقافتنا وفكرنا الدينى ، وطبقاً لهذا الموقف ليست السنة مصدراً للتشريع وليست وحيماً بل هى تفسير وبيان لما أجمله الكتاب - وحتى مع التسليم بحجية السنة فإنها لا تستقل بالتشريع ولا تضيف إلى النص الأصلوى شيئاً لا يتضمنه على وجه الإجمال والإشارة وفى ص ٤٠ يكرر المستأنف ضده :

وإذا كانت المحكمة هى السنة فإن طاعة الرسول المقترنة دائماً بطاعة الله فى القرآن تعنى اتباع السنة « المستأنف ضده هنا يورد رأى الشافعى « ولا يمكن الاعتراض على الشافعى بأن المقصود بطاعة الرسول طاعته فيما يبلغه من وحي الإلهى القرآن ، لانه قد جعل السنة وحيماً من الله يتمتع بنفس القوة التشريعية والإلزام .. هكذا يكاد الشافعى يتجاهل بشرية الرسول تجاهلاً شبه تام .

وفى ص ٤٢ : ومعنى ذلك أن تأسيس مشروعية السنة بناءً على تأويل بعض نصوص الكتاب - مثل تأويل المحكمة بأنها السنة ، وتأويل السنة بأنها إنعدام الخطأ مطلقاً ، لم يكن يتم بعزل عن الموقف الايديولوجى المشار إليه ولا يتبين هذا بشكل واضح إلا ببيان الكيفية التى يساجل بها الشافعى من لا يقبلون من السنة إلا ما وافق الكتاب .

مقروء وهو الخبر الوارد عن رسول الله ﷺ وهو المبين عن الله عز وجل مراده هنا قال الله تعالى ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ ووجدناه تعالى قد أوجب طاعته هذا الثاني كما أوجب مقاطعة القسم الأول الذي هو القرآن ولا فرق « الأحكام في أصول الاحكام / ١ / ١٠٨ . ويقول الشيعة « لا يختلف الشيعة عن السلف في الأخذ بمسنة الرسول الله ﷺ ، بل يتفق المعلومون جميعاً على أنها المصدر الثاني للشرعية ، ولا خلاف بين مسلم وآخر في أن قول الرسول ﷺ سنة لا بد من الأخذ بها » مقدمة المختصر النافع في فقه الامامية ولا تخرج كتب المعتزلة في مجموعها عن هذا الأصل « راجع المعتمد في أصول الفقه لابن الحسين البصري » وكذا كتب الخوارج « راجع شرح الدعائم تحقيق عبد المنعم عامر » .

وحيث انه بالرجوع إلى المذهب الحنفى لمعركة من بعد مرتداً لاعتبار أن الرجوع إلى المذهب المذكور هو الواجب عملاً بالمادتين ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٦ المذكورة تقرر « تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » اما المادة ٢٨٠ من اللائحة فعبارةها « تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولا يرجع الأقوال من مذهب ابي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لهذه القواعد » نجد الامام أبو بكر الجصاص يقول في أحكام القرآن ٢١٣-٢١٤ .. وفي هذه الآية دلالة على أن من رد شيئاً من أوامر الله تعالى أو أوامر الرسول ﷺ فهو خارج عن الإسلام سواء رده من جهة الشك فيه أو من جهة ترك القبول والامتناع من التسليم لأن الله تعالى حكم بأن من لم يسلم للنبي ﷺ قضاء وحكمه فليس من أهل الإيمان .

﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ سورة النساء ، ٦٥ .

المحكمة لا ترى سعة حكمها ليحتوى نقل أقوال علماء المسلمين باختلاف مذاهبهم ونحلهم على أن السنة وحى من الله سبحانه وتعالى وشرع منه في خصوص تشريع الاحكام لا في مجال الأمور الدينية والمعيشية ، وهي اقوال ترى المحكمة أن المستأنف ضده وهو أستاذ في علوم العربية والدراسات الإسلامية بأحدى الجامعات المصرية لا تخفى عليه ، وتورد المحكمة بعضاً من هذه الاقوال اقامة للحجة عليه إضافة لما سبق : يقول أبو بكر الجصاص من كبار علماء الحنفية وانتمهم قوله تعالى ﴿ وما ينطق عن الهوى ﴾ يحتج به من لا يميز أن يقول النبي ﷺ في الحوادث من جهة اجتهاد الرأي بقوله « إن هو إلا وحى يوحى » وليس كما قلته لإن اجتهاد الرأي إذا صدر عن الرجل جاز أن ينسب إلى مجتهد وما أدى إليه أنه عن وحى ، أحكام القرآن ٤١٣/٣ ، ويقول السرخس من كبار فقهاء الحنفية « قد بينا أنه كان يعتمد الوحى فيما بينه من أحكام الشرع والوحى نوعان ظاهر وباطن وأما ما يشبه الوحى في حق رسول الله ﷺ فهو استنباط الأحكام من النصوص بالرأى والاجتهاد فإنما يكون من رسول الله ﷺ بهذا الطريق فهو بمنزلة الثابت بالوحى لقيام الدليل على إنه يكون صواباً لا محالة » أصول السرخس ٦٠ / ٢ - ٦١ ، أما كلام فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في هذا الخصوص فقد نقل المستأنف ضده بعضاً منه في كتابه عن الإمام الشافعى والاتفاق بينهم على أن السنة وحى من الله تعالى أما أهل الظاهر فيقول ابن حزم « الوحى ينقسم من الله عز وجل إلى رسوله ﷺ على قسمين : أحدهما وحى متلو ومؤلف تأليفاً معجز النظام وهو القرآن والثانى وحى مروي متقول غير مؤلف ولا معجز النظام ولا متلو ولكنه

١- كذب المستأنف ضد كتاب الله تعالى بإنكاره لبعض المخلوقات الذي وردت الآيات القرآنية ذات الدلالة القاطعة في إثبات خلق الله تعالى لها وجودها كالعرش والملائكة والجن والشياطين ورد الآيات الكثيرة الواردة في شأنها .

٢- سخر المستأنف ضد من بعض آيات القرآن الكريم بقوله « حول النص » يقصد القرآن الكريم - الشياطين إلى قوة معرّقة وجعل السحر أحد أدواتها « وسبق الاشارة إلى موضوع هذا القول من مؤلفاته .

٣- كذب المذكور الآيات الكريمة وهي نص فيما تدل عليه بشأن الجنة والنار ومشاهد القيامة وبرميتها بالأسطورية .

٤- يكذب المذكور الآيات القرآنية التي تنص على أن القرآن الكريم كلام الله تعالى وتسيع أقل الصفات وأعظمها عليه فيقول إنه نص إنسان بشري وفهم بشري للوحي .

٥- يرد المذكور آيات كتاب الله تعالى القاطعة في عمومية رسالة الرسول سيدنا محمد ﷺ للناس كافة عامة .

٦- وفي مجال آيات التشريع والأحكام يرى المستأنف ضد عدم الالتزام بأحكام الله الواردة فيها بعمامة لأنها ترتبط بفترة تاريخية قديمة ، ويطالب بأن يتجه العقل إلى إحلال مفاهيم معاصرة أكثر إنسانية وتقدماً وفضل مما وردت بهرفية النصوص « كبرت كلمة تخرج من أفواههم أن يقولون إلا كذباً » سورة الكهف الآية ٥ ، وينفى أن النصوص وجود عناصر ثابتة بها ، ولا يرد على وجه الخصوص النصوص المتعلقة بأحكام المواريث ، والمرأة وأهل النعمة وملك اليمين الواردة بكتاب الله تعالى .

ويقول ابن تيمم من الخفية « الأشياء والنقائص » ١٩٢/١٩٠ : الكفر تكذيب محمد ﷺ في شيء مما جاء به من الدين ضرورة ، ولا يكفر أحد من أهل القبلة إلا بجهود ما أدخل فيه ، ويصير مرتداً بإنكار ما وجب إقراره به ، أو ذكر الله تعالى أو كلامه بالاستهزاء ، والاستخفاف بالقرآن أو المسجد أو بما يعظم كفر ... ورد النصوص كفر ويقول ابن عابدين في حاشيته ٤٠٩/٤١١ في خصوص الزنديق « .. لا اعتبارهم إبطان الكفر والإعتراف ببنوه نبينا محمد ﷺ .. فإن قلت كيف يكون معروفاً داعياً إلى الضلال وقد اعتبر في مفهومه الشرعي أن يطبق الكفر ؟ قلت : لا يعدو فيه ، فإن الزنديق يوه كفره ويروع عقيدته الفاسدة ويخرجها في الصورة الصحيحة وهذا معنى إبطان الكفر فلا يتنافى اظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفاً بالاضلال . ويجحدون الحشرو والصوم والصلاة والحج ويقولون إلى بها غير المعنى المراد والحاصل إنه يصدق عليهم أسم الزنديق .

هذا هو مذهب الخفية في المرتد ، ولا يوجد فيما اطلعت عليه المحكمة قول أو رأي يذهب إلى أن من ارتكب أحد الأفعال السابقة غير مرتد ، بل أن الإجماع إنعقد على : تكفير من واقع نص الكتاب الكريم ، وكذا من استخف بالقرآن أو جمده أو حرف منه أو كذب شيئاً منه أو أثبت ما نفاه أو نفى ما أثبتته على علمه منه بذلك أو شك في شيء من ذلك فهو كافر عند أهل العلم بإجماع ، وكذا من سخر بالشرعة ، أو بحكم من أحكامها ، كأن يسخر من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو لم يقر بالأنبياء والملائكة فهو كافر اتفاقاً « راجع تبصره الحكام ، ٢٨٧/٢ ، الإعلام بقواطع الإسلام / ٣١ - ٦٤ » .

لما كان ما تقدم وكان الثابت مما أوردته المحكمة من تقول لاقوال المستأنف ضد في مؤلفاته والتي اقر بها على نحو ما سلف إنه ارتكب الآتي على نحو ما فصلته المحكمة فيما سبق :

٧- وبعد أن عمق المستأنف ضده هجماته وتكذيباته لكتاب الله تعالى اتجه إلى السنة النبوية الشريفة لينال منها قدر استطاعته فيردها كوحى من عند الله تعالى وكأصل للتشريع وأن القول بذلك يقصد منه تأليه « محمد ﷺ » وبهذا يرد على الآيات القرآنية ويكفر بها الواردة فى حجية السنة وفى أنها من وحى الله وإن اختلفت عن القرآن الكريم فى السنة والأثر .

وحيث أن الأقوال بإجماع علماء المسلمين واثمتهم إذا أتاه المسلم وهو عالم بها يكون مرتداً خارجاً عن دين الإسلام ، فإذا كان داعياً لها فإن بعض العلماء يسميه زنديقاً فيكون أشد سوء من المرتد وكان المستأنف ضده يعمل أستاذاً للغة العربية والدراسات الإسلامية فهو يعلم كل كلمة كتبها وكل سطر خطه وما تعنيه هذه الكلمات وما تدل عليه هذه السطور وأن كان من المقرر أنه عند ظهور الألفاظ فلا محتاج إلى نية ومن ثم يكون المستأنف ضده قد ارتد عن دين الإسلام وإضافة لذلك فقد استغل وظيفته كأستاذ لطلبة الجامعة فأخذ يدرس لهم هذه التكذيبات لكتاب الله ويلزمهم بدراسة واستيعاب هذه المعلومات القاتلة بما حوته من الأوصاف البذيئة التى روى بها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ، دون خوف من الله سبحانه ولا خوف من سلطة حاكمه ، وهؤلاء الشباب فى سن التشكيل والتأثر وخصوصاً بمن يعتبرونهم قدوة لهم كأساتذتهم ، وترى المحكمة أن الكلية التى يدرس بها المستأنف ضده والجامعة مستولان - عن هذه الكتب لأن هذه المؤسسات العلمية عندها من الوسائل وتسطيع أن تضع من التعليمات ما يكفل منع هذه المؤلفات التى تحاول هدم أصول العقيدة الإسلامية وما هى مستطعية ولكنها تشوش عقول الشباب فى أصول عقيدتهم ، وقد تدفع البعض إلى المروق عن الدين ، وهذا إفساد للمجتمع وللشباب وللجامعة ، والدين الإسلامى كما هو شامخ

ثابت كما أنزل الله سبحانه على رسوله محمد ﷺ ، لقد تعرض لكثير من هذه الفقايع من دسائس ابن سبأ وضرراً بزنادقة العصر العباسى وغيره من العصور والإسلام فى كتاب الله تعالى وفى سنة رسوله محمد ﷺ ، وفى الدول الإسلامية وفى قلوب المؤمنين باق مستمر ولو كره الكافرون ، ولو كره المشركون ، ولو كره المنافقون ، وما أتاه المستأنف ضده ليس خروجاً عن كتاب الله وكفرأ به فحسب ولكنه أيضاً خروجاً على دستور جمهورية مصر العربية فى موادها الثانية والثى تنص على أن الإسلام دين الدولة فاللدولة ليست علمانية ولا ملحدة ولا نصرانية ، الدولة مسلمة دينها الإسلام وإذا كان دين الدولة الإسلام فإن الاعتداء على أصوله ومقدساته اعتداء على الدولة فى كيانها التى تقوم عليه وعقيدتها التى تدن بها ، وأيضاً خروج على المادة التاسعة من الدستور فيما نصت عليه من أن الأسرة أساس المجتمع وقوامها الدين ، وخروج على المادة ٤٧ من نفس الدستور التى تجعل حرية الرأى مكفولة لكل إنسان التعبير عن رأيه فى حدود القانون ، وهو لم يلتزم حدود القانون فيما كتبه لخروجه على قانون العقوبات فى هذا الشأن أما ما دفع به المستأنف ضده من أن ما أتاه فى حدود البحث العلمى والاجتهاد الفقهى فهذا دفع ظاهر الفساد ، فإن من المعلوم لكل باحث ولو كان مبتدئاً أن للبحث العلمى أصول وللإجتهد الفقهى قواعد وشروط ، فإن إنسلخ الباحث عن أصول العلم الذى يبحث فيه وإذا حاول هدم القواعد والشروط وإذا خرج عن التزامات البحث العلمى الحققة ، فلا يسمى ما كتبه بحثاً ، ولا ما سطره إجتهداً ، وبالنسبة للمستأنف ضده فإناه يبحث فى علوم القرآن فى مفهوم النص ، ومفهوم النص بالمعنى اللغوى لأنه لفظ باللغة العربية يرجع فى تحديده للغة العربية وهو اصطلاحى يرجع فى تحديده لأهل العلم من العلماء فى علوم القرآن وأصول الفقه ، وفى اللغة العربية من مادة : فهم ، والفهم :

المستأنف ضدها الثانية لردته وهي مسلمة والمحكمة تهيب المستأنف ضده أن يتوب إلى الله سبحانه وتعالى وأن يعود إلى دين الإسلام الذي جعله الله نوراً للناس وصراطاً مستقيماً يفوز به الإنسان سعادة الدنيا والآخرة بالشهادة والإيمان بما أوجب الله سبحانه الإيمان به والتبرؤ من كل الكتابات التي كتبها مما فيها من كفر وتكذيب لآيات الله تعالى ورد لأحكامه سبحانه وليكن في آخر من سلكوا مسلكه ثم تابوا إلى سبحانه قدوة له في ذلك .

وليسمع قول الحق تبارك وتعالى ﴿ قل يا عبادي الذين أصرّفوا على أنفسهم لا تقنطروا من رحمة الله إن الله يغفر الذنوب جميعاً إنه هو الغفور الرحيم ، وأنبئوا إلى ربكم وأسلموا له قبل أن يأتيكم العذاب ثم لا تنصرون وإتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بفتنة وأنتم لا تشعرون ﴾ سورة الزمر الآيات ٥٣ - ٥٥ .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة حضورياً بقبول الاستئناف شكلاً وبالغناء الحكم المستأنف ورفض الدفوع المبداه من المستأنف ضدها بعدم الاختصاص الولائي وبعدم إنعقاد الخصومة وبعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ، وباختصاص المحكمة ولا تياً بقبول الدعوى ، وفي الموضوع بالتفريق بين المستأنف ضده الأول والمستأنف ضدها الثانية والزامهما بالمصاريف عن الدرجتين عشرين جنباً مقابل أتعاب المحاماة .

صدر هذا الحكم وتلى علناً بجلسته يوم الأربعاء الموافق السادس عشر من محرم لسنة ١٤١٦ هجرية الموافق ١٤ من يونيو سنة ١٩٩٥ ميلادية .

هيئة للإنسان بها يتحقق معالم ما يحس ، وأفهمته إذا قلت له حتى تصدره ، فإذا انتقلنا إلى المعنى الاصطلاحي نجد أن بعضهم يعبه بأنه التنبيه بالمنطوق على المسكوت عنه ، أي أن حكم النص قسائم وهناك حكم آخر يؤخذ من هذا المنطوق يفهم منه ومنه مفهوم المرافقة ومفهوم المخالفة « راجع الأحكام للأدبي ٣٢٨/٢ ، المدة في أصول الفقه ١٥٢/١ - ١٥٣ » أما هدم النص والدعوى إلى التحرر من سيطرته وإنشاء مفاهيم عقلية لا يعدها نص ولا تلزم بلغة فهذا ليس من صير البحث العلمي خصوصاً في مسائل العقيدة وعلوم القرآن والاجتهاد لقمة من بذل الجهد في طلب الشيء المرغوب ادراكه حيث يوجب وجوده أو يوقن وجوده فيه اصطلاحاً : استنفاد لطائفه في طلب حكم النازلة حيث يوجد ذلك الحكم ، ومصادر الحكم الشرعي هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله محمد ﷺ إما نصاً وإما اجتهاداً فيها ، فإذا خرج المستأنف ضده عليهما وكذبهما وردهما فلا يكون هذا اجتهاداً ، وهذا شأنه في مؤلفاته التي اطلعت عليها المحكمة على نحو ما قلت لما كان ذلك وكان من المقرر وفق مذهب الحنفية إنه إذا ارتد أحد الزوجين ، فإن كانت الردة من المرأة كانت فرقة وغير طلاق بالاتفاق في المذاهب ، وأن كانت الردة من الرجل فعند أبي حنيفة وابن يوسف وقعت الفرقة بغير طلاق - وهو الراجح بينما قال محمد فرقة بطلاق ، لهما أن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة ، والنافي لا يحتمل التراخي فتبطل النكاح « الهداية وفتح القدير ٤٢٨/٣ - ٤٢٩ » ولو تاب المرتد قبله يشبه عليه بعض الأحكام كحبس العمل وبطلان الوقف وبينونة الزوجة فلا بد من عقد ومهر جديدين ، إن ثبتت التوبة وأرادوا أن يعودوا إلى بائنته ، لما كان ما تقدم قبله يتعين القضاء بالتفريق بين المستأنف ضده الأول وزوجته

تقرير فى الطعن الانتخابى

رقم ١٥١ لسنة ٦٦

المقدم من النسيذ الأستاذ /

محمد رزق سيد أحمد الجمال المحامى .

على صحة انتخابات مجلس الشعب التى أجريت

يوم ١٢/٦/١٩٩٠ بالدائرة (١٦)

بندر ميت غمر محافظة الدقهلية

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الأوراق -
تتحصل فى أن الطاعن تقدم بطلب إلى السيد الدكتور/
رئيس مجلس الشعب طعنًا على الانتخابات التى
أجريت يوم ١٢/٦/١٩٩٠ بالدائرة (١٦) بندر ميت
غمر محافظة الدقهلية طلب فيه التقرير بطلان
الانتخابات التى أجريت بتلك الدائرة للأسباب التى
أوردها فيه وأحيل الطعن إلى المحكمة لتحقيقه .

وحيث أن تحقيق هذا الطعن قد تم على النحو الثابت
بمحاضر الجلسات فقد سئل الطاعن فرد ما أورده
بصحيفة الطعن وتم مطالعة النماذج ٥٠ ش ، ٥١ ش.
المنه عنها بها وقد تأثر عليها منا بالنظر على مواضع
المخالفة فيها وأثبت ذلك بمحاضر جلسات التحقيق .

وحيث أن الطاعن تقدم بحافظة مستندات أشار فيها
إلى عدم تخلف أى من الناخبين المقسدين بجداول
الانتخابات ببعض القرى وقدم بحافظة مستنداته بيانًا
ببعض الغائبين عن البلاد أو التوفيق إلى رحمه الله فى
تلك القرى وأضاف أنه لم يشهد حضور مندوبيه فى
القرى التى يسيطر عليها المرشح المنافس وأنه لم يتم
حصص المتخلفين من الناخبين واتخاذ الاجراءات القانونية
بشانهم وإلى عدم وصول النموذج ٤٨ إلى المحكمة
فقد أرسل بدلًا منه صورة خلت من أسماء رؤساء
وأعضاء اللجان مما يتعذر معه اجراء المطابقة بين من

شكلت منهم اللجان وبين الوارد اسمائهم بالكشف
الملحق بالقرار وقرر أنه وجد بين أعضاء تلك اللجان من
يبصم (كشف ١٠٤) وأن أحد النماذج ٥٠ ش تم
التوقيع عليها بخط واحد ولم تراعى الاجراءات بشأن
محضر لجنة الفرز والنموذج ٤٩ ش وكذلك النموذج
٤٨ ش ولعدم ادرج الشكاوى المقدمة إلى السيد القاضى
رئيس اللجنة العامة به واثناء انعقادها وأنه تم فتح
الصناديق بواقع عشرين صندوقاً دفعة واحدة وأن بعض
التجارين رأوا خلط البطاقات والأصوات وتقدم باقرار
موثق منهم وأنه طلب إلى السيد القاضى رئيس اللجنة
العامة إعادة الفرز بعد اخراجه مندوبى الفرز من القاعة
ولأخطاء حسابية لكن بلا جدوى ولبطلان محاضر
الانتخاب لعدم المطابقة بين النماذج ٥٠ ش ، ٥١ ش
وبطلان كشف فرز الأصوات ومحضر اللجنة العامة
وللأخطاء الحسابية سالفه البيان .

وحيث أن مما يدعيه الطاعن على عملية الانتخاب
بطلان محاضر الانتخاب فى اللجان المهيئة بمذكرته
الختامية لعدم استيفائها الشكل القانونى ولعدم اكتمال
التوقيعات أو مغايرتها وبطلان كشف فرز الاصوات
والنماذج ٥٠ ش وبطلان محاضر فرز الصناديق .

وحيث أنه بتحقيق ما ينهه الطاعن تبين أنه تم
شطب بعض العلامات ومجموع الأصوات فى محاضر
لجان الانتخاب رقم ١٤ وعدم اثبات أصوات الطاعن فى
اللجنة رقم ٢٣ وشطب توقيعات الرئيس والأمين واثبات
توقيع آخر فى اللجنة ٢٦ و ٢٩ فى الشق الأول وعدم
توقيع الأمين فى محضر اللجنة ٥٣ وتوقيع الرئيس
والأمين والأعضاء بخط واحد بقلم واحد فى اللجنة ٥٧
وعدم إيضاح مقرر اللجنة رقم ٧٠ وشطب توقيع الأمين
والرئيس باللجنة رقم ٧٤ وكذلك اللجنة رقم ٧٩ وعدم
توقيع الأعضاء فى محضر اللجنة ٧٤ و ٧٩ و ٨٢ وعدم
توقيع الأمين والرئيس على محضر اللجنة ١١٤ وشطب
التوقيعات فى اللجنة ١٢٠ وعدم توقيع محضر اللجنة

تنظيم مباشرة الحقوق السياسية مما يشكل بطلاً لتلك العملية ، ذلك أن نصوص هذا القانون وضعت في نصوص أمره لضمان نزاهة الانتخابات وحيدة القائمين عليها فهي مقصودة لذاتها ويترتب البطلان حتماً على مخالفة أحكامه ومن ثم يتعين التقرير بصحة الطعن المقدم من الطاعن وبطلان عملية الانتخاب في الدائرة محل الطعن .

لذلك

يعرض التقرير على الدائرة الموقرة ونرى قبول الطعن وفي الموضوع ببطلان عملية انتخابات مجلس الشعب بالدائرة رقم ١٦ بندر ميت غير محافظة الدقهلية التي أجريت بتاريخ ١٢/٦/١٩٩٠ وارسال الأوراق إلى مجلس الشعب لاتخاذ اللازم .

١٢١ من الأمين ومغايرة التوقيع في اللجنة ١٣٦ بين النموذجين ٥٠ ش ، ٥١ ش في اللجنة ١٣٦ وعدم توقيع الرئيس والأمين والأعضاء في إقفال محضر اللجنة ١٣٧ أما اللجان من ١٠٩ إلى ١٣٠ ثم اللجنة ١٣٤ فقد تم تسديدها بالكامل لصالح المرشح المنافس في غيبة المندوبين واختلاف توقيعات الأعضاء والأمين والرئيس المدونة بالنموذج ٥١ ش المطابقة للتوقيعات الواردة على النموذج ٥٠ ش بالنسبة للجنة ١ وشطب العلامات في اللجنة ١٤ مما يبطل الفرز ولم يشهد مجموع العلامات ببعض حقول اللجنة ٢٢ في النموذج ٥٠ ش ولما كانت النماذج ٥٠ ش ، ٥١ ش سالفة البيان المبينة بمحاضر جلسات التحقيق والمؤشر عليها منا بالنظر لم تستوف أوضاعها وبياناتها القانونية فإنه بين من ذلك أن عملية الانتخابات محل الطعن لم تتم وفقاً للشكل والجراءات التي نص عليها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن

وصف الامام على بن ابي طالب

قال معاوية لضرار الصداقي

صف لي علياً ؟

فقال :

كان والله بعيد المدي شديد القوي ، يقول فصلاً ، ويحكم عدلاً ، يتفجر العلم من جوانبه ، وتنطبق الحكمة من نواحيه ، وكان والله غزير العبرة ، طويل الفكرة ، يقلب كفه ، ويخاطب نفسه ، يعجبه من اللباس ما قصر ، ومن الطعام ما خشن ، كان فينا كأحدنا ، يجيبنا إذا سألناه ، وينبئنا إذا استنبأناه ، ونحن مع تقريبه أيانا وقربه منا لا نكاد نكلمه لهيبته ، ولا نبتدئه لعظمته ، يعظم أهل الدين ويحب للمساكين ، لا يطمع القوى في باطله ، ولا ييأس الضعيف من عدله .



تعليق

على حكم محكمة النقض

الداخلة المدنية والتجارية

والاثوال الشخصية

الصادر فى الطعن رقم ٢٠٨٤

لسنة ٥٥ق فى اغسطس ١٩٩٢

للمسيد الدكتور

عادل حسن على السيد

وبتاريخ ١٩٨٣/٣/٢٩ قضت المحكمة بعدم قبول الادعاء بالتزوير ويتمكن المطعون ضدهم من عين التذاعي المبينة بصحيفة الدعوى وعقد الإيجار المؤرخ في ١٩٦٦/١/١ واختلتها من الطاعنين وتسليمها خالية .

وجاء في أسباب الحكم بالنسبة للدعوى الفرعية أن الأصل في الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استولى عليها هو نوع من خيانة الأمانة يرجع في إثباته إلى القواعد العامة ، ومن مقتضاها أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت في الورقة الموقعة على بياض ، إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن ذلك إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها بطريق الغش أو بطرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى غشير التسليم الاختياري ، فعندئذ يعتبر تغيير الحقيقة فيها تزويراً يجوز إثباته بكافة الطرق ، ومن ثم فإن ادعاءها باختلاس الإيصال المطعون عليه بالتزوير لا سند له ، وأن الطعن بالتزوير غير منتج ويتعين بالتالي القضاء بعدم قبوله مع القضاء في موضوع الدعوى بحكم واحد استثناءً من المادة (٤٤) أثبات لكون الطعن بالتزوير غير منتج في الدعوى .

وجاء بأسباب الحكم بالنسبة للدعوى الأصلية أن عقد الإيجار المذكور يتضمن استئجار مورث المدعين من مورث المدعى عليهما عين التذاعي لاستعمالها جراجاً باجرة شهرية عشرين جنيهاً ، ولزال قائماً صحيحاً وناقضاً بين طرفي الدعوى ، ولم يتعرض له المدعى عليهما بالطعن بالتزوير ولم يجمدها سيما وقد طعنت الأولى على الإيصال المشار إليه دون العقد المذكور ، وبالتالي فإن دعوى المدعيتين بالتصكين من العين محله تكون قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون ، مما يتعين معه إجابتها إلى طلب التصكين والاخلاء والتسليم

تتحصل وقائع الطعن في أن « المطعون ضدهم » أقاموا الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٢ مدنى الجيزة الابتدائية على « الطاعنين » بطلب الحكم بتمكينهم من عين النزاع المبينة بصحيفتها وطرد الطاعنين منها وتسليمها لهم خالية وقالوا بياناً لدعواهم أنه يوجد عقد إيجار مؤرخ في ١٩٦٦/١/١ ، استأجر مورثهم تلك « العين » من مورث الطاعنين بقصد استعمالها جراجاً لإيواء السيارات لقاء أجر شهري قدره عشرين جنيهاً ، واستمرت حيازتهم خلفاً لمورثهم بعد وفاته باعتداد العقد اليهم ، إلا أنهم فوجئوا بتاريخ ١٩٨١/١/١ بقيام « الطاعنين » بطردهم منه واستيلائهم عليه مما ترتب عليه حرمانهم من الانتفاع به بالمخالفة للعقد ، ولنص المادة (٥٧١) من القانون المدنى ، وبذلك يحق لهم إقامة الدعوى بطلبهم سالف البيان ، وقدموا إيصال سداد أجرة عين النزاع بمبلغ ٥٠٤ جنيه عن المدة من ١٩٨٠/١/١ حتى ١٩٨١/١٢/٣١ منسوباً صدوره لمورث الطاعنين ، فادعى الطاعنون بتزويره استناداً إلى أنه اختلس وكان موقعاً عليه على بياض من مورثهم ، وقدمت جميع البيانات الواردة به دون أن تكون مثقلة للحقيقة وكان دليلهم على هذا التزوير أن الإيجار المدعى أدائه هو عن المدة من ١٩٨٠/١/١ حتى ١٩٨٠/١٢/٣١ ، بينما ورد في الإيصال المطعون فيه أن المدة سنتان وأن بدائتهما في ١٩٨٠/١/١ ونهايتهما في ١٩٨١/١٢/٣١ ، وأن المبلغ المدعى أدائه في الإيصال الذى قدمت صورته للتحقق فى الشكوى رقم ٣٣٥٠ لسنة ١٩٨١ إدارى الدقى ، هو ٢٤٠ جنيهاً بينما الوارد فى الإيصال المطعون فيه هو مبلغ ٥٠٤ جنيهاً ، وأن الإيصال الذى أرفقت صورته بالشكوى الإدارية سالفة الذكر محرر بنات الخط الذى تحرر به الإيصال المطعون فيه مما يدل على أن يد الاصطناع واحدة ، وأن الإيصالات التى وقعها عنهم لتكون أداة للحصول قد استغلت استغلالاً غير مشروع

أولهما : أنه اخطأ في فهم دفاعهم ، الأمر الذي ترتب عليه الخطأ في تطبيق القانون من وجهين :

الأول : أنه غير صحيح ما استندت إليه محكمة الموضوع من أن تسليم الإيصال كان اختيارياً بالرغم من تسكهم (الطاعنين) أن ذلك كان بطريق الاختلاس والغش من جانب المطعون عليهم ، وأنهم (الطاعنين) تسكروا بحقهم في إثبات ذلك بشهادة الشهود إلا أن محكمة الموضوع لم تستجب لهذا الطلب أو بالرد عليه .

والثاني : أن محكمة الموضوع فصلت في الادعاء بالتزوير وفي موضوع الدعوى بحكم واحد ، وأن هذا الحكم يشكل فهماً غير صحيح لدفاعهم ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قضى بصحة الإيصال المطعون فيه ، نسباً صدوره إلى مورث الطاعنين ، وإذا كان يتبين من نص المادة (٤٤) من قانون الإثبات أنها نصت على « إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره جلسة » .

وثانيهما : أن محكمة الموضوع أسست قضاها على أن ثمة عقد إيجار يربط بين الطاعنين والمطعون ضدهم ، في حين أن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدني ، إذ أن إرادة لم تتم بين طرفين على إبرام عقد ، بل هي إرادة واحدة هي إرادة مورثهم الذي قام بتحرير جميع بيانات الورقة بخطه على نحو واضح بالعين المجردة ، ومضى لم يكن هناك عقد ، فإن محكمة الموضوع تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام الصورية ، إزاء تسك المطعون ضدهم إثبات صورية عقد الإيجار بالكتابة .

بتاريخ ١٩٨٥/٨/١٥ أودع المطعون ضدهم مذكرة بالرد على ما تعاه الطاعنون على حكم محكمة الموضوع طلبوا فيها رفض الطعن تأسيساً على ما يأتي :

استأنف الطاعنون في الحكم الابتدائي بالاستئناف رقم ٣٤١٧ لسنة ١٠٠٠ القاهرة ، بطلب الحكم بالغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء .

أولاً : يرد ويطالن الإيصال المزعوم في ١/١/١٩٨٠ المطعون عليه بالتزوير واعتباره كأن لم يكن ولا أثر له .

وثانياً : برفض الدعوى الأصلية . بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٥ قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة (٢٧ إيجارات) برفض موضوع الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف .

وجاء في أسباب حكمها ما سبق أن ذكرته محكمة الجبزة الابتدائية بالنسبة لرفض الادعاء بالتزوير في الإيصال المشار إليه ، وكونه غير منتج في الدعوى الأصلية ، إذ على فرض القضاء برده وطلانه ، فإنه يبقى أن عقد الإيجار سند المدعين صحيحاً ، ويولد التزاماً قبلهم بضمان التعرض يمكن تفنيده عيناً قبلهم بتمكين الخلف العام للمستأجر الأصلي من عين الدعاوى المجرية واختلاها من الخلف العام للمؤجر لها بمقتضاه وتسليمها إلى الأولين - خاصة وأن التمسكون به (الطعون ضدهم) دفعوا بالقول بصوريته (من الطاعنين) بما نصت عليه المادة (٢٤٥) مدني بأنه إذا استمر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي ، إلا أن أيًا من الطرفين أو خلفه العام يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر ، يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر وفقاً للقواعد العامة في الإثبات فلا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة . وحيث عجز الطاعنون عن إثبات صورية عقد الإيجار ، فإنه يتعين القول بالتالي بأنه عقد جنى .

بتاريخ ١٩٨٥/٧/٨ طعن الطاعنون على حكم محكمة الموضوع بسببين :

١ - بالنسبة للزعم القائل بأن محكمة الموضوع لم تنتهج دفاع الطاعنين حين قررت عدم قبول الادعاء بالتزوير لانتهاؤها إلى أن إيصال النزاع قد سلم إلى المطعون عليهم اختيارياً :

(أ) أن التقرير بأن ورقة ما قد سلمت اختياراً أو تم الحصول عليها خلسة أو بطريق الغش تقرير بأمر واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض .

(ب) أن الأصل هو أن يكون تسليم الورقة اختيارياً وعلى من يدعى العكس عبء الإثبات بحيث إذا عجز عنه بقى الأصل على أصله .

(ج) أن الطاعنين كانوا قد طلبوا من محكمة الموضوع إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات تزوير الإيصال وليس لاثبات أن المطعون عليهم قد استولوا عليه خلسة .

٢ - بالنسبة للزعم الذي ساقه الطاعنون زعماً منهم بأن محكمة الموضوع أخطأت في تطبيق القانون بعدم الرد على طلب الطاعنين بإحالة الدعوى إلى التحقيق ومن ثم يكون قاصر التسبيب .

قرر المطعون ضدهم أن محكمة الموضوع ردت على طلب الطاعنين في هذا الخصوص . حيث جاء بملاحظات حكم محكمة الدرجة الأولى أن ادعاء الطاعنين باختلاس الإيصال المطعون فيه بالتزوير لا سند له من القانون .

٣ - وبالنسبة لما ينهأ الطاعنون على الحكم المطعون فيه ، أنه أخطأ إذ قضى في الإدعاء بالتزوير وفي موضوع النزاع بحكم واحد ، فمردود عليه بأن الطعن بتزوير الإيصال في النزاع المائل غير منتج لأكثر من سبب :

(أ) لما قرره محكمة الاستئناف في حكمها موضوع الطعن المائل حيث قالت : « وكان

الادعاء بتزوير الإيصال المشار اليه غير منتج في الدعوى الأصلية إذ على فرض القضاة برده وبطلانه فإنه يبقى أن عقد الإيجار سند المدعين صحيح وناقض في حق المدعى عليهم .

(ب) لما ذكره المطعون عليهم في دفاعهم أمام محكمة الموضوع من أن مجال إثارة أمر ما إذا كان الإيصال مزوراً أو غير مزور هو عندما يطالب المجر المستأجر بالوفاء بالأجرة فيقدم المستأجر مثل هذا الإيصال دليلاً على براءة ذمته . أما في النزاع المائل فإن الأمر يختلف كلية فإن المدعين (المطعون عليهم) يطلبون تنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد إيجار قائم وصحيح . وهذا هو الذي انتهى إليه حكم محكمة الدرجة الأولى .

٤ - أمّا من حيث النعي على محكمة الموضوع بأنها قضت في الإدعاء بالتزوير وفي موضوع الدعوى بحكم واحد ، فقد تولت محكمة الاستئناف في حكمها موضوع الطعن الرد عليه ردّاً طبق القانون تطبيقاً سليماً حين قرر :

« وحيث أنه عن السبب الثالث فمردود بأن المادة (٤٤) من قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ قد نصت على أنه : « إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر الدعوى في الحال أو حددت لنتظره أقرب جلسة ، وذلك ليهدي الخصم ما لديه من أوجه دفاع أخرى ، وهذه القاعدة لا يعمل بها إذا قضى بعدم قبول الادعاء بالتزوير لكونه غير منتج في النزاع لاتنفاً الحكمة التي ترمي إلى الفصل بين الادعاء بالتزوير وبين الحكم الموضوعي ، ولا يكون هناك داع لأن يكون الحكم بعدم قبول الادعاء بالتزوير سابقاً على الحكم في الموضوع .

تعاقد حقيقي بينهما على إيجار عين النزاع .

« وإذا كان يجوز للخصوم إثبات الظروف والملاسات المادية التي أحاطت بالدليل الكتابي بالبيئة والقرائن ، إذ لا يندرج ذلك تحت حظر إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي بشهادة الشهود والقرائن على مقتضى المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون الإثبات » .

« وتكون محصلة دفاع الطاعنين من ثم أن مورثهم حرر الورقة على هذا النحو بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم لتكون في ذاتها دليلاً على صورية ما تضمنته من إيجار » .

وأسست محكمة النقض - الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - نقضها للحكم المطعون فيه ، تأسيساً على أنه أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التفسير ، كونه اجتراً في الرد على دفاع الطاعنين ولم يتفهمه ، وهو دفاع يتحصل في الآتي :-

١ - أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم وأن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدني .

٢ - ويوصف أن الورقة ليست عقداً ، فإن محكمة الموضوع تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام الصورية .

وحكم النقض على الوجه المبين يثير أموراً ثلاثة :

أولها : انعقاد العقد بتوافق إرادتين منفصلتين .

وثانيهما : انعقاده عن طريق تعاقد الشخص مع نفسه

وثالثهما : أحكام الصورية . ونعرض لكل من هذه

الأمور الثلاثة وأخيراً للخلاصة .

وبالنسبة للسبب الثاني الذي نعى به الطاعنون على محكمة الموضوع من أنها أسست قضاها على أن ثمة عقد إيجار يربط بين الطاعنين والمطعون ضدهم على حين أن الورقة التي قدمها المطعون عليهم ليست عقداً في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدني ، ومتى لم يكن هناك عقد ، فإن محكمة الموضوع تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام الصورية ، فالحقيقة أن قول الطاعنين هو قول أثّر لأول مرة أمام محكمة النقض ولم يسبق إثارته أمام محكمة الموضوع بدرجة جديها . ومن ثم فهو قول غير مقبول .

وأودعت النيابة مذكرتها في الطعن وطلبت فيها رفضه لنفس الأسباب التي ساقها المطعون ضدهم في مذكرة ردهم على الطعن . وأيدت رفضها للطعن بالعديد من أحكام النقض المدني المستقرة التي تؤكد مطابقة حكم محكمة الموضوع وما استقر عليه العمل القضائي .

بتاريخ ١٩٩٢/٨/٣٠ أصدرت محكمة النقض - الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - حكماً في الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ ق ، بنقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع وأحالت القضية إلى محكمة استئناف القاهرة وألزمت المطعون ضدهم المصروفات وثلاثين جنبها مقابل أتعاب المحاماة .

وذهبت محكمة النقض إلى القول بأن الطاعنين قد رفعوا الدعوى بأنه ليس ثمة عقد إيجار أبرم بين مورثي الطرفين إذ لم تلاق إرادتهما على ذلك ، واستدلوا على دفاعهم هذا بأن الورقة المدعى بها كعقد إيجار قد حرر مورثهم كافة بياناتها بغطه بما في ذلك اسم مورث المطعون ضدهم تحت لفظ المستأجر ، مما مفاده أنه فعل ذلك بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم وحال بينه وبين التوقيع تحت لفظ المستأجر دليلاً على أنه لم يحدث ثمة

أولاً : انعقاد العقد بتوافق إرادتين منفصلتين

تنص المادة (٨٩) من القانون المدني على أنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فترق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

وقيام من وجه إليه إيجاب بعقد معين طواعية واختياراً ، تنفيذ عمل يدخل في آثار العقد يفيد قبول هذا الإيجاب ، وبالتالي يعتبر تنفيذه للعقد قبولاً ، وتنشأ الرابطة العقدية بين الطرفين بمجرد أن يتم هذا التنفيذ .

(انظر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السهوري - الوسيط - الجزء الأول - نبذة ١٤ ص ٢٢٥ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرقص - الرأى - نظرية العقد - الجزء الثاني - نبذة ٩٢ ص ١٨٠ ، الأستاذ الدكتور محمّد جمال الدين زكى - مصادر الالتزام - نبذة ٢٣ ص ٢٩) .

وينعقد العقد بالتراضي ، إذا كانت الظروف تدل على تلاقى إرادة الطرفين فإذا وضع شخص عيناً تحت تصرف آخر للاستفاد بها وكانت الظروف تدل على أن مركز الطرفين مركز من يؤجر ومن يستأجر ، فإن عقد الإيجار ينعقد بتراضي ضمنى . وعلى ذلك فإذا تم التراضي انعقد الإيجار دون حاجة إلى توافق أى ركن آخر . وكثيراً ما يحدث أن يعرض شخص على آخر أن يشتري منه شيئاً له يكون موجوداً فى حيازة الموجب له على سبيل العارية أو الإيجارة أو الوديعة بثمن معين ، فيكتفى الموجب له بإرسال الثمن إلى الموجب أو يحدد هو إلى بيع ذلك الشيء إلى شخص ثالث ، فيعتبر مجرد إرساله الثمن الذى عينه الموجب أو تصرفه هو فى ذلك الشيء - بالبيع إلى آخر قبولاً ضمنياً للإيجاب الذى وجه إليه . وكذلك إذا أرسل شخص إلى آخر يقول له أنه يوكله فى عقد صفقة معينة ، فقام الآخر بعقد الصفقة بالنسبة عن الأول دون أن يرد عليه بقبول الوكالة ، اعتبر تنفيذ الوكالة قبولاً لها ونشأت بينهما الرابطة التى ينشئها عقد الوكالة ، ذلك أن قيام من وجه إليه إيجاب بعقد معين تنفيذ أى عمل يدخل فى آثار العقد يدل على قبول هذا الإيجاب .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السهوري - الجزء السادس - المجلد الأول - نبذة ٩٠ ص ٧٨ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرقص - الرأى - نظرية العقد - الجزء الثاني - نبذة ٩٢ ص ١٨٠ ، ومؤلفه شرح أحكام عقد الإيجار - نبذة ١٣ ص ٢١) .

ويستحضر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب قبولاً ، يتم العقد به .

« ويجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك فى انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول » .

(محكمة الاستئناف المخططة ٦ برتبه ١٩٦٦ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثانى - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - جليل رقم ٢) .

وطبقت محكمة النقض ذلك على دفع المشتري الثمن إلى البائع وتسليمه عقداً بالبيع موقفاً من البائع وحده ، ثم تسلم وارث المشتري بعد ذلك بهذا العقد رغم أنه لا يحمل توقيع مورثه ، فاعتبرت ذلك قبولاً من المشتري بعقد البيع يغنى عن توقيعه العقد . ويظهر ذلك جلياً من قولها (محكمة النقض « وحيث أن الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والاخلال بحق الدفاع ، وتقول فى بيان ذلك أنها تسكت أمام محكمة الموضوع بأن العقد لا تتوافر فيه الأركان القانونية إذ أن مورث المطعون ضدها لم يوقع بوصفه مشترياً على عقد البيع ، وبذلك فإن إيجاب البائع لم يصادفه قبول من المشتري بما ينشئ معه انعقاد العقد ... فإنه يكون صحيحاً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التفسير » .

« وحيث أن هذا النعى فى شقه الأول مردود ، ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بصحة عقد البيع تأسيساً على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بعد أن تبين للمحكمة أن مورث المطعون ضدها قد أوفى بالتزامه بدفع الثمن كاملاً إلى الطاعنة وتسلم العقد الموقع عليه منها ، وأن المطعون ضدها - الوارثة

(انظر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء السادس - المجلد الأول - نبة ٦٠ ص ٧٨ ، ونبة ٦١ ص ٧٨ ، ص ٧٩)

وبالتالى فلا يلزم لاتعقاد العقد اثبات الایجاب والقبول فى محور واحد ، ويجوز استخلاص ذلك من تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين .

وطبقت محكمة النقض ذلك فى قولها « ... وحيث أن هذا النعى فى غير محله - ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاء على ما قرره من أن المستفاد من تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين على النحو السالف بيانه ولم تنكر المستأنف ضدها (الطاعة) ما قدمه المستأنف (المطعون عليه) منها أن العرض الذى عرضه (بولتن) مبینة فيه جميع الشروط السابقة قد صادف قبولاً من المستأنف ضدها بالبرقية التى أرسلتها اليه فى ١٩٥٤/٢/٢٤ وأيدت فيها قبولها لجميع الشروط التى عرضها عليها وطلبت منه تعزيز الارتباط فوراً ، وقد أرسل (بولتن) هذا التعزيز فى نفس اليوم وبهذا تلاقت ارادات الطرفين واتخذ العقد » .

وقولها « لما كان ذلك وكانت القاعدة أنه لا يلزم لاتعقاد العقد اثبات الایجاب والقبول فى محور واحد ، وكان الحكم قد اعتمد فى اثبات مشاركة إيجار السفينة على تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين والمقدمة من المطعون عليه ولم تنكرها الشركة الطاعة ، وعلى ما استخلصه منها من أن العرض الذى بين فيه السمسار (بولتن) جميع شروط التأجير بصادف قبولاً من الشركة الطاعة بالبرقية التى أرسلتها فى ١٩٥٤/٢/٢٤ وأيدت فيها قبولها لجميع الشروط التى عرضها عليها - لما كان ما تقدم ، فإن الحكم فى قضائه على أساس ثبوت مشاركة الإيجار لا يكون قد خالف القانون » .

(نقض منى ١١ يناير ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ١٧ - المدة ١ - ص ٧٤ - الفقرة الثانية ، ص ٧٥ الفقرة الأولى) .

للمشتري - قد تمسكت بهذا العقد فى مواجهة البائعة وأقامت دعواها عليها بصحته ونفاذه مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولاً من المشتري للبيع يغنى عن توقيعه على العقد وهذا من الحكم لا خطأ ولا قصور » .

(نقض منى ١٨ ديسمبر ١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ٢٤ - المدة ٣ - ص ١٢٩٣) .

وطبقت محكمة النقض هذا المعنى أيضا فى عقد النقل البحرى المبرم بين الشاحن - وهو فى الوقت نفسه مستأجر السفينة بعقد منصوص فيه على شرط التحكيم - وبين المرسل اليه البضاعة ، حيث اعتبرت أن قبول الأخير شحن البضاعة إليه على السفينة المؤجرة بالعقد المتضمن شرط التحكيم مشاركة منه فى تنفيذ عقد الإيجار المذكور ، والتزاماً منه بما ورد فى هذا العقد من شرط التحكيم .

(نقض منى ٢ مارس ١٩٧٥ - مجموعة أحكام النقض المدنية - المدة ٣ - السنة ٢٦ - ص ٢٣٥) .

وقد جاء فى هذا الحكم « أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل فى نطاق سلطته الموضوعية أن سند الشحن قد تضمن الاحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه فى مشاركة الإيجار ، وكان مقتضى هذه الإحالة اعتبار أن شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن ، فيلتزم به الطاعن - المرسل اليه البضاعة المشحونة - باعتباره فى حكم الطرف الأصيل فيه ، وانتهى إلى إعمال أثر هذا الشرط وفق هذا النظر ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه » .

ولما كان عقد الإيجار من عقود التراضى ، فلا يشترط لاتعاقده شكل خاص . فقد يكون بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة ، صريحاً أو ضمنياً . وفى الإيجار المكتوب لا يشترط فى الكتابة شكل خاص . وقد تكون عقداً مطبوعاً ومضى من المتعاقدين ، أو يحرر العقد بيد أحدهما أو بيد شخص ثالث . وقد تقتصر الكتابة على مجرد اقرار من أحد المتعاقدين مقتضياً بقبول المتعاقدين الآخر ، كما قد تكون بكتاب متبادلة بين المتعاقدين .

إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان والمكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة باخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٦ - هامش رقم ١) .

ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائي ، حذفته لجنة المراجعة لأنه « من التفصيلات التي لا ضرورة لها » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧) .

وكذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي « ... ويراعى أن الاخطار ببدء التنفيذ ، ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن حدث البدء في التنفيذ ، فهذا الحادث ، هو الذي يحدد الزمان والمكان اللذين يتم العقد فيهما دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك ، وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التي تقضي بأن التعاقد ما بين الفاتنين يعتبر تاماً في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٦ ، ص ٥٧ الهامش) .

لما كان ذلك ، وكان الطاعنون قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الإيجار وكان مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الإيجار منذ تاريخ تحريره في ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بين التداعي حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين فإن تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، يعتبر قبولاً وتكون إرادة مورث الطاعنين قد تلات مع إرادة مورث المطعون ضدهم ، بمجرد قيام الأخير بتنفيذ العقد ، ويكون العقد انعقد صحيحاً ، متفقاً وصحيح القانون ، وما جرى عليه العمل القضائي ، منتجاً لكافة آثاره القانونية من تاريخ تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد .

وتنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان يوسع أنه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد .

(محكمة الاستئناف المختلطة ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، مشار إليه في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - الهامش رقم ٢) .

وخير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذي ارتضاه العاقدان .

(محكمة الاستئناف المختلطة ١٦ مايو ١٩١٦ ، مشار إليه في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - الهامش رقم ٢) .

وإذا قام أحد العاقدين بتنفيذ ما عرضه عليه العاقد الآخر ، انعقد العقد ، ولا يجوز لأيهما بعد ذلك أن يستقل بتعديل شروط العقد بغير رضا الطرف الآخر .

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - هامش رقم ٢) .

وطبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المعنى في قولها « بأنه من المناقض للعدالة وللإسناد الأولى في القانون أن يلزم العاقد الذي جرى في خلال سنوات خمس على تنفيذ الالتزامات المقررة بمقتضى العقد ، بغير اعتراض من العائد الآخر ، بتحمل شروط عقد آخر نازع في إمكان تطبيقه عليه ، بعد هذه المدة الطويلة . فشركة المياه التي تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجراف ، لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ، ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجراف » .

(استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ ، مشار إليه في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - مصادر الالتزام - ص ٥٧ - هامش رقم ٢) .

ويؤكد على أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ما كانت تنص عليه المادة ١٤٣ ، من المشروع التمهيدي للقانون المدني في هذه المسألة بأنه : « إذا تبين من

ثانياً : تعاقد الشخص مع نفسه :

تنص المادة ١٠٨ من القانون المدني على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد هذا كله مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

ومتقتضى النص السابق ، أن يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إما يقوم على قرينة قانونية ، هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الانابة إلى حد أن يبيع للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما يتجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً للحدود النيابية . ويكون شلثه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته . فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازه .

(انظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء الأول - ص ٢٠٤ ، والأستاذ الدكتور حشمت أبو سبت - نظرية الالتزام - نبعة ١٣٥ ، ص ١٢٦ ، الأستاذ الدكتور سليمان مرص - الوافي - الجزء الثاني - نظرية العقد - ص ٢٤٨ ، الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي - نظرية الالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - نبعة ١٢ ص ٥٠ ، الأستاذ الدكتور عبد الوهيد يحيى - النظرية العامة للالتزامات ، نبعة ٤٤ ، ص ٩٤ ، الأستاذ الدكتور جمال بدر - النباية في التصرفات القانونية - ص ٢٢٥ وما بعدها) .

والنباية هنا ليست متجزئة بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر اقرار من الموكل .

(راجع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء الأول - ص ١٦٨ هامش رقم ٢) .

وواضح من الحكم الذي تضمنته المادة ١٠٨ المشار إليها ، أن تعاقد النائب مع نفسه هو تصرف صحيح جائز بشرط دخوله في حدود النباية . أما إذا خرج عن تلك الحدود فلا يقع التصرف باطلاً وإنما فقط لا يحتج به على الأصل ، فإن أقره هذا الأخير سرى عليه .

وتعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقي ، يترافق فيه الايجاب والقبول ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبّر عن كل من الايجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النباية .

(بلانلو وديبر وأسمان مشار اليه في نظرية العقد للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - ص ٢٢٠ هامش رقم ١) .

والأصيل وهو يملك تخويل النائب سلطة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكتة بعد أن يكون قد تصرف . وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاجازة ليست إلا إنابة لاحقة للتصرف ذات أثر رجعي ، ولذا فإن شرط صحتها أن يكون المعبز عالماً بأن التصرف الذي أجازه خارج عن حدود الانابة وأن يكون قاصداً انصراف أثره إلي نفسه . ويستوى أن يكون المتصرف نائباً متجاوزاً حدود نيابته وأن يكون شخصاً لا صفة له أصلاً .

(راجع في هذا المعنى الأستاذ الدكتور جمال مرس بدر مؤلفه النباية في التصرفات القانونية - طبعتهما وأحكامهما وتنازع القوانين لهما - ص ٢٢٧ ، ص ٢٢٨ ، والهامش رقم ١ ، ص ٢٢٨) .

والاجازة ما هي إلا تصديق على عقد موجود فعلاً بين النائب والأصيل وهي تصديق يسد الثغرة التي كانت ناشئة عن تجاوز حدود النباية . فإذا صدق الموكل على ما فعله الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة ترتب على ذلك نفاذ هذا التصرف في مواجهته ، ويعتبر هذا التصديق بمثابة اجازة لتصرف الوكيل يترتب عليها سريان هذا التصرف في مواجهة الموكل بأثر رجعي من وقت انعقاده .

ولما كانت الاجازة وهي تعبير عن ارادة الأصيل - مثلها مثل الانابة - فلم بشرط المشرع لنفاذ التصديق صدوره في شكل معين ، فكما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أن يستنتج ضمناً من تصرفات الموكل التي تكشف عن ارادته في إجازة التصرف الذي عقده الوكيل باسمه كأن يسلم البضاعة التي باعها الوكيل ، أو يستلم

العقدية بموجب عقد البيع المؤرخ فى ١٩٥٦/٤/٢٢ بين المشتري (المطعون ضد الأول) وبين الملاك الأربعة ، والتزام هؤلاء بالتزامات البائع المنصوص عليها فى هذا العقد ذلك أنه حتى لو صح ما يقوله الطاعنان من أن المرحوم على كامل لم تكن له صفة النيابة عن باقى الهائمين وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى المبيع ، فإنهم وقد أقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى »

(نطق مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة ١٨ - المجلد الثالث - أكثر من ٢٥ سنة سعت من ١٩٤٠ ص ١٩٤١) .

لما كان ذلك ، وكان الطاعنون قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الإيجار ، وكان مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الإيجار منذ تاريخ تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين ، فان تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، يكون قد قام مقام إجازته اللاحقة للعقد الذى أبرمه مورث الطاعنين مع نفسه . ومن ثم يقع عقد الإيجار صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية بين المتعاقدين وخلفهما العام من تاريخ انعقاده فى ١٩٦٦/١/١ .

ثالثاً : أحكام الصورية

يشبت من خلال التحليل القانونى والقضائى والفقهى ، السابق ، وبما هو ثابت فى الواقع ، من أن الطاعنين قد أقروا بصحة توقيع مورثهم على عقد الإيجار ، ومن أن مورث المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الإيجار منذ تاريخ تحريره فى ١٩٦٦/١/١ ، وأنه ظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث المطعون ضدهم للعقد ويعتبر تنفيذه للعقد قبلاً ، وتكون إرادة مورث الطاعنين قد تلاقت مع إرادة مورث المطعون ضدهم ، بمجرد قيام الأخير بتنفيذ العقد ، ويكون العقد قد انعقد صحيحاً ،

الضمن من المشتري أو يدفع مصاريف العقد الخ . وقد يستنتج التصديق من مجرد سكوت الموكل . ولقضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير ما إذا كان قد أراد التصديق على ما فعله الوكيل أو أنه لم يرد شيئاً من هذا القبيل .

(انظر فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد على عرفه - أهم العقود المدنية عقد الوكالة ص ٦٥) .

وغالباً ما تستنتج الإجازة ضمناً من ابتداء الأصل فى تنفيذ العقد الذى أبرمه ناتجه .

(راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور جمال بئر موسى - مؤلفه النيابة فى التصرفات القانونية - ص ٢٣٩) .

ولما كانت الإجازة بطبيعتها عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد ، فإنه لا يلزم لنفاذها قبول الوكيل أو البعير . ولا يعترض على ذلك بأن الإجازة اللاحقة تعتبر بمثابة التوكيل السابق ، ولا يتعقد التوكيل إلا برضاء الوكيل ، لأنه يصح صدور الإيجاب بالوكالة من الوكيل نفسه ، وهو ما يتحقق فى حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة .

(راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد على عرفه - أهم العقود المدنية - عقد الوكالة ، ص ٦٥ ، ص ٦٦) .

ورببت محكمة النقض على إجازة الأصل سريان العقد فى حقه ، حتى ولو كان أصل النيابة منتفياً وقت التعاقد ، يؤكد ذلك قولها « ... ذلك أنه إذا كان الثابت أن عقد البيع قد وقع عليه أحد المالكين الأربعة للعقار المبيع ، وأن باقى المالكين قد وجهوا إلى المشتري عن طريق وكيلهم - وهو محاميهم - الذى لم يجعدهوا أمام محكمة الموضوع وكالته عنهم - خطابات مسجلة يقرن فيها التصرف الحاصل بعقد البيع الموقع عليه من أحدهم ويقبلون الالتزام به من المشتري ، تنفيذ هذا العقد بوفاء جز - من ضمن تمهيداً لاتخاذ الاجراءات اللازمة لشهره . فان محكمة الموضوع لا تكون قد أخطأت فى القانون ، إذا رتب على ذلك قيام الرابطة

» مما مفاده أنه (مورث الطاعنين) فعل ذلك بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم » .

» ويكون محصلة دفاع الطاعنين من ثم أن مورثهم حرر الورقة على هذا النحو بالاتفاق مع مورث المطعون ضدهم لتكون في ذاتها دليلاً على صورة ما تضمنته من إيجار » .

ومفاد ما صرحت به محكمة النقض ، أن دفاع الطاعنين يركز على وجود اتفاق (عقد) بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم .

وبالتالي فانه يظهر - وبوضوح - التناقض الصارخ في حكم محكمة الموضوع لأنه اجترأ في الرد على دفاع الطاعنين الذي تقدم محصلته على أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطوراً تؤكد على وجود عقد إيجار وقيامه نافذاً بينهما . وأنهما (مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم) قصداً بهذا العقد اضماء المظهر الكاذب لتصرفهما القانوني الظاهر ، وهو عقد الإيجار ، الذي يقوم في حقيقته على مجرد الوهم والخيال لعدم توافر نية الإيجار لعاقديه وليكون في ذاته دليلاً على صورة ما تضمنه من إيجار عين التداعي لمورث المطعون ضدهم .

وليس هناك أدنى تردد في أن ما استخلصته محكمة النقض هو تطبيق قانوني صادق وصرح لأحكام الصورية المطلقة ، التي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر تلك الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له .

(انظر في معنى الصورية المطلقة الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - نبذة ٦١٠ ، ١٠٧٤ ، الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب - نظرية الالتزام - الالتزامات وأحكام الالتزام - نبذة ٢٧٢ ص ٢٦٨) .

مستقفاً وصحيح القانون ، وما جرى عليه العمل القضائي ، منتجاً لكافة آثاره القانونية منذ تاريخ تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد ، ومنها انتفاع الخلف العام للمستأجر بعين التداعي واستمرار حيازتهم لها بعد وفاة مورثهم . وهذا ما أنتجته عقد الإيجار - بالفعل - للخلف العام للمستأجر ، الذين ظلوا متنفعين بعين التداعي وظلت حيازتهم لها مستمرة دون اعتراض أو تحفظ من جانب المؤجر حتى وفاته ، وقيام خلفه العام في ١٩٨١/١/١ بطردهم منها واستيلائهم عليها مما ترتب عليه حرمانهم من الانتفاع بها بالمخالفة للعقد ولنص المادة (٥٧١) من القانون المدني .

لذا يكون من الشريب أن تؤسس محكمة النقض نقضها للحكم المطعون فيه ، على أنه خطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب ، كونه اجترأ في الرد على دفاع الطاعنين ولم يتفهمه ، وهو دفاع تقدم محصلته على أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، وأن الورقة المقدمة من المطعون ضدهم ليست عقداً في مفهوم المادة ٨٩ من القانون المدني .

وما يشير الدهشة والغرابة أن تستند محكمة النقض في نقضها لحكم محكمة الموضوع ، بأنها لم تتفهم دفاع الطاعنين ، حيث استخلصت أنهم قصدوا أن العقد المبرم بين مورثهم ومورث المطعون ضدهم هو عقد صوري ، قصد به ستر عقد حقيقي ، ومن ثم لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إزاء تمسك المتناقذين الآخر بذلك . في نفس الوقت الذي استخلصت فيه (محكمة النقض) أن الطاعنين قصدوا من دفاعهم أن العقد صوري وقصد به ستر عقد حقيقي ، أي نفس ما استخلصته محكمة الموضوع من دفاع الطاعنين . يؤكد ذلك قولها (محكمة النقض) في الحكم :

ادارة الجراج واستغلاله كانت لهم . ولكن شاعت ارادة الله أن يظهر الحق ويزهق الباطل بما هو ثابت فى الشكوى رقم ٨١/٢٣٥٠ ادارى الدقى التى تطالب بضمها .

كما قال الطاعنون فى صحيفة الاستئناف (وهى التى رددوا مضمونها فى مذكرتهم الختامية) ما يلى : « وأن الطالبة سجلت فى دفاعها أن المرحوم يواقيم فلتس عبد المسيح لم يكن مستأجراً حقيقياً فى يوم من الأيام للجراج وأن اسمه كان مستعاراً فقط . »

« أقامت محكمة أول درجة قضاها على سند من القول بأن عقد الايجار المؤرخ فى ١٩٦٦/١/١ مازال قائماً وصحيحاً وناقلاً ... وهذا النظر فى غير محله ويكشف عن قصور فى التسبب وخطأ فيه ذلك لأن دفاع الطالبة قام واستقر على أن ذلك العقد الصورى ولم ير التنفيذ فى يوم من الأيام فهو قد تمحى صلباً وتوقيعاً بمعرفة المرحوم فوزى ميخائيل حنا ، ولم يلزم المرحوم يواقيم فلتس عبد المسيح بأى التزام فيه وليس له توقيع عليه ، أما الرخصة التى رؤى ضرورة استخراجها تشبيهاً لاجراءات الصورية دون أن قتل حقيقة » .

وبفرض أن دفاع الطاعنين لم يقصد صورية عقد الايجار ، فان تصريح محكمة الموضوع باقتناعها بصورية عقد بناء على الأدلة التى أوردتها - يكفى لبيان أنها رجحت فى التقدير أدلة الصورية على الأدلة الأخرى ، وفى هذا معنى اقتراح هذه الأدلة الأخرى وعدم الشك بها بلا حاجة إلى بيان خاص ، واذن فلا يسوغ النعى على الحكم بالقصور .

(طعن رقم ٢٠٦ جلسة ١٢/٢٩/١٩٤٩ - مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الأولى - الجزء الأول - ص ٢٢٢) .

أضف إلى ما سبق أنه اذا كان الحكم قد استعرض أدلة الدعوى واستنتج منها استنتاجاً سليماً أن العقد

نخلص مما سبق إلى تطابق ما استنتجته واستخلصته كل من محكمتى الموضوع والنقض من محصلة دفاع الطاعنين ، الأمر الذى يشير الدهشة والغرابة من نقض محكمة النقض للحكم الذى أصدرته محكمة الموضوع تأسيساً على ما استنتجته هى (محكمة النقض) من دفاع الطاعنين ، وفى ذات الوقت يكون تطابق ما استخلصته كل من المحكمتين دليلاً على ما قصده دفاع الطاعنين من صورية العقد ، وأنه قصد به ستر عقد حقيقى .

ويؤكد على أن محكمة الموضوع لم تجترأ فى الرد على دفاع الطاعنين ، وأنها تفهمته - تماماً - حين ذهبت إلى أنهم قصدوا منه أن العقد صورى ، وقصد به ستر عقد حقيقى ومن ثم لا يجوز لهم اثباته إلا بالكتابة ازا - فسك المتعاقد الآخر بذلك . ما جاء بمذكرة دفاعهم أمام محكمة الدرجة الأولى أثناء حجز الدعوى للحكم ما نصه : « بقيت كلمة فى شأن عقد الايجار الذى يتذرع المدعون به ، فقد أوضحنا فى مذكرة شواهد التزوير أن هذا العقد تمحى جميع بياناته وتوقيعاته بخط المرحوم فوزى ميخائيل حنا مورث المدعى عليهم وهو الذى وقع تحت كلمة المؤجر كما وقع تحت كلمة المستأجر وكان الهدف من تمحى هذا العقد استعارة اسم مورث المدعين ليظهر صاحب هذا الاسم وكأنه هو المستغل للجراج واستهدف مورث المدعى عليهم من ذلك أن يوزع الأنشطة ولا يركزها فى شخصه وحتى لا يضمن الأرباح الخاضعة للضريبة .

وتحقيقاً لهذا الهدف كان لابد أن تكون رخصة الجراج بالاسم المستعار واذا لقى مورث المدعى عليهم وجهه ربه استمر ورثته فى مواصلة النشاط وهو ادارة الجراج ولم يدر بخلداهم أن المدعين سيستشعرون فى وجههم عقد الايجار الصورى ، كما أنهم لم يتصوروا أن الأمر يصل بهم إلى حد تزوير ايصال للايهام بأنهم سدوا أجرة حتى ١٩٨١/١٢/٣١ أى بعد وفاة مورثهم توصلوا للزعم بأن

الذي يتمسك به المدعى صوري فلا شأن لمحكمة النقض
به لتعلق ذلك بفهم الواقع في الدعوى .

(طعن رقم ٩٤ جلسة ١٩٣٩/٥/٢١ مشار إليه في الشفعة والصورة
وفقاً لقضاء - النقض للمستشار معوض عبد التواب - ص ٢٣١) .

زد على ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم
الواقع في الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم لها من أدلة ،
ولا تشريب عليها في الأخذ بأي دليل تكون قد اقتنعت
به ما دام هذا الدليل من طرق الإثبات القانونية وحسبها
أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاها على
أسباب سائغة تكف لحمله ، وأن تقدير أدلة الصورية هو
مما تستقل به لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى .

(الطعن رقم ٣٧٧ جلسة ١٩٨٤/٣/٥ لسنة ٥٠ غير منشور - ومشار
إليه في الشفعة والصورة وفقاً لقضاء - النقض للمستشار معوض عبد
التواب ص ٢٥٥) .

(الطعن رقم ١٤٢٣ جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ لسنة ٥٤ - غير منشور -
ومشار إليه في الشفعة والصورة ، المرجع السابق ص ٢٨٥) .

(الطعن رقم ١٢٥٢ جلسة ١٩٥٢ - جلسة ١٩٨٦/١/١٥
١٩٨٦/١/١٥ لسنة ٥٢ - غير منشور - ومشار إليه في الشفعة والصورة
، المرجع السابق ص ٢٨٣) .

(الطعن رقم ١٨١٠ جلسة ١٩٨٦/١/٢٩ لسنة ٥٢ - غير منشور -
ومشار إليه في الشفعة والصورة ، المرجع السابق ص ٢٨٣) .

(نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٣/٢٣ - مجموعة أحكام النقض المدنية -
السنة ٢٧ - الجزء الأول - صفحة رقم ٧٢٨) .

(نقض مدنى جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ - مجموعة أحكام النقض المدنية
- السنة ٣٢ - الجزء الأول - ص ٢٢٥٦) .

بالإضافة إلى كل ما سبق ولئن كان استخلاص
الصورية من أدلتها هو مما يستقل به قاضى الموضوع
لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ومن حقه وهو في مقام
الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفي أن يأخذ ببعضها
ويطرح البعض الآخر .

(طعن رقم ٥٩٩ جلسة ١٩٨٥/١٢/١٧ لسنة ٥١ - غير منشور -
ومشار إليه في الشفعة والصورة ، المرجع السابق ص ٢٨٨) .

وفى حكم محكمة النقض خروج واضح على القواعد
العامة في الإثبات في المسائل المدنية ، وعلى ما استقر
عليه العمل القضائى المدنى ، يؤكد ذلك قولها :-

« .. وإذا كان يجوز للخصوم اثبات الظروف
والملايسات المادية التي أحاطت بالدليل الكتابى بالبيئة
والقرائن ، إذ لا يندرج ذلك تحت حظر إثبات ما يخالف
أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى بشهادة الشهود
والقرائن على مقتضى المادتين ٦١ ، ١٠٠ من قانون
الإثبات » .

ذلك أن الصورية لا ترد إلا على تصرف قانونى ،
كونها نصيحة اتفاق ، ولا يتصور الاتفاق إلا من
شخصين يتعاملان معاً (عقد) ، ولكن هذا لا يمنع من
أن تكون في التصرف القانونى الصادر من جانب واحد
بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين .

(انظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط
- الجزء الثاني - ص ١٠٧٩ ، ١١٠٨) .

والصورية بالنسبة للغير ليست تصرفاً قانونياً ، مما
يتعين معه إثباته بالدليل الكتابى ، بل هي واقعة مادية
مما يجوز إثباته بكل الطرق بما فيها البيئة والقرائن . إذ
ليس بإمكان الغير أخذ كتابته بها فضلاً عن أن ورقة
العقد تكون عادة سرية بين المتعاقدين .

(أحمد نشأت بك - رسالة الإثبات - نبذة ٢٢٢ ، ص ١٣٥) .

والوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك في
الإثبات سبيل ما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من هذا
أن يكون التصرف المنتجز الصادر من المورث شأنه أن
يقلل نصيب الوارث بحق الشركة ، إذ أن الإقلال لا
يعتبر اضراً بأحق الوارث في الشركة بحيث يصبح معه
الوارث من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من
المورث ، فحق الوارث في الشركة لا ينشأ إلا بوفاء
مورثه .

(طعن رقم ١٦٤ جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ لسنة ١٧ مجموعة أحكام
النقض المدنية - الجزء الأول ص ١٤٢١) .

وأثبتت صورية التصرف فيما بين المتعاقدين
ومورثهم لا يكون إلا طبقاً للقواعد العامة ، فلا يجوز
لهم إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة .

(طعن رقم ٤٤٣ جلسة ١٩٧٢/١/١٦ لسنة ٣٦ - مجموعة أحكام
التفوض المدنية - الجزء الأول - ص ٢٢٤) .

ومضى ثبت صدور الورقة العرفية مما نسب إليه
التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة
بياناتها إلى أن يثبت العكس وفقاً للقواعد العامة في
اثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي . وأنه إن ادعى أحد
طرفي المحرر أن أحد البيانات المدونة به غير مطابقة
للواقع كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية
بطريق الكتابة .

(طعن رقم ٤٨٧ جلسة ١٩٨٠/٣/١ لسنة ٤٩ - مجموعة أحكام
التفوض المدنية - الجزء الأول - ص ٦٧٧) .

ولا يجوز اثبات صورية عقد الإيجار الثابت كتابة
فيما بين المتعاقدين بالقرائن .

(طعن رقم ٦ جلسة ١٩٤٢/٦/١٨ لسنة ١٢ - مشار إليه في الشفعة
والصورية وفقاً للقاء التفوض للمستشار معرض عبد التواب ص ٣٢٠) .

وطبقاً لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدني . إذا ستر
المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ بين
المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي والعبرة
بينهما بهذا العقد وحده ، وإذا أراد أي من الطرفين أن
يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر أو
ينفي الثابت بهذا العقد ، يجب عليه أن يثبت وجود
العقد المستتر ، أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر ، وفقاً
للقواعد العامة في الإثبات في المواد المدنية ، التي
لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة العقد
عن عشرين جنيهاً وفيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل
عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيهاً
ما لم يمكن هناك احتياله على القانون ، فيجوز في
هذه الحالة ، لمن كان الاحتياال موجهاً ضد مصلحة ،
أن يثبت العقد المستتر أو ينفي الثابت بكافة
طرق الإثبات .

ومن المقرر وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٦١ من
قانون الإثبات أنه متى كان العقد الظاهر المظهر عليه
بالصورية مكتوباً ، فإنه لا يجوز لأي من عاقديه أو
خلفهما العام أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة .

لما كان ذلك ، وحيث استخلصت محكمة الموضوع
استخلاصاً سائغاً بما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير
أدلة الدعوى ، أن دفاع الطاعنين قصد به صورية عقد
الإيجار وأنه قصد به ستر عقد حقيقي . وكان عقد
الإيجار المبرم بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ثابتاً
بالكتابة .

فإن عقد الإيجار يكون هو العقد النافذ بين الخلف
العام لعاقديه ، ولا يجوز للطاعنين إثبات صوريته إلا
بالكتابة ، شأنهم في ذلك شأن عاقيده ، وكونهم ليسوا
من الغير ، وليس هناك غش أو احتيال على القانون .

الطائفة

نخلص من خلال تحليلنا لحكم محكمة التفوض
- الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية - في
الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ في ٣٠ أغسطس ١٩٩٢
إلى ما يلي :

١ - أن حكم محكمة التفوض لم يخالف صحيح
القانون ، حين ذهب إلى أن الحكم المطعون فيه
أخطأ في تطبيق القانون وشابه التصور في
التسبيب ، كونه اجترأ في الرد على دفاع
الطاعنين ، الذي تقوم محصلته على أنه ليس
هناك عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين
والمطعون ضدهم ، وأن الورقة المقدمة من المطعون
ضدهم ليست عقداً في مفهوم المادة (٨٩) من
القانون المدني .

ذلك أن الثابت في الواقع أن الطاعنين قد أقرروا
بصحة توقيع مورثهم على عقد الإيجار ، وأن مورث
المطعون ضدهم قد قام بتنفيذ عقد الإيجار منذ تاريخ

٢ - أن حكم محكمة النقض لم يصب حين ذهب إلى أن محكمة الموضوع لم تتفهم دفاع الطاعنين ، ومن ثم أخطأت في تطبيق أحكام الصورية ، حين ذهبت (محكمة الموضوع) إلى أن الطاعنين قصدوا من دفاعهم أن العقد المبرم بين مورثهم ومورث المظنون ضدهم هو عقد صوري قصد به ستر عقد حقيقي .

والحق هو أن محكمة الموضوع تفهمت تماماً دفاع الطاعنين ، ويؤكد على أنهم قصدوا من دفاعهم أن عقد الايجار المبرم بين مورثهم ومورث المظنون ضدهم هو عقد صوري قصد به ستر عقد حقيقي ، ما جاء بمذكرتهم أمام محكمة الدرجة الأولى ، وما ورد بصحيفة استئنافهم ، وما قرروه في مذكرتهم الاحتامية ، وذلك على التفصيل السابق ايضاحه .

زد على ذلك ، أن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، وتقدير ما يقدم لها من أدلة ، ولا تثريب عليها في الأخذ بأى دليل تكون قد اقتنعت به ، كما أن تقدير أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، وتكون لها اطراح الأدلة الأخرى وعدم الثقة بها ، بلا حاجة إلى بيان خاص .

٣ - خالف حكم محكمة النقض القواعد العامة في الاتبات في المسائل المدنية وما استقر عليه العمل القضائي المدني حين ذهب إلى القول :-

« وإذا كان يجوز للمخصوم اثبات الظروف والملايسات التي أحاطت بالدليل الكتابي بالهينة والقرائن » .

ذلك أنه متى استخلصت محكمة الموضوع أن دفاع الطاعنين قصد به ستر عقد حقيقي ، وكان عقد الايجار ثابتاً بالكتابة ، فإنه لا يجوز للطاعنين وفقاً لنص المادة

تحريره في ١٩٦٦/١/١ ، وظل منتفعاً بعين التداعى حتى وفاته ، دون اعتراض أو تحفظ من جانب مورث الطاعنين .

ولما كان من وجه اليه ايجاب بعقد معين تنفيذ عمل يدخل في آثار هذا العقد طواعيه واختياراً يفيد قبول هذا الايجاب ، وبالتالي يعتبر تنفيذه قبولاً ، وتنشأ الرابطة العقدية بين الطرفين في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدني ، وما جرى عليه العمل القضائي ، وما جاء بالمشروع التمهيدى للقانون المدني ، ومذكرته الايضاحية .

وكذلك لما كان تعاقد الشخص مع نفسه يقع صحيحاً اذا أجازة الأصل ، اذ تكون الاجازة اللاحقة كالأذن السابق ، في مفهوم المادة (١٠٨) من القانون المدني ، وأنه كان يمكن استنتاج الاجازة من تصرفات الأصل التي تكشف عن إرادته في اجازة التصرف الذي عقده النائب باسمه ، وكان الغالب أن تستنتج الاجازة ضمناً من ابتداء الأصل في تنفيذ العقد الذي أبرمه نائبه .

لكل ما سبق يكون العقد المبرم بين مورثى الطاعنين والمظنون ضدهم قد انعقد صحيحاً ، متفقاً وصحيح القانون ، في مفهوم أى من المادتين (٨٩ أو ١٠٨) ، وما جرى عليه العمل القضائي ، منتجاً لكافة آثاره القانونية منذ تاريخ تنفيذ مورث المظنون ضدهم للعقد .

هذا وإن كان الأصل في انعقاد العقد هو انعقاده بتطابق ارادتين منفصلتين طبقاً لنص المادة (٨٩) من القانون المدني ، والاستثناء هو انعقاده عن طريق تعاقد الشخص مع نفسه طبقاً لنص المادة (١٠٨) من القانون ذاته .

فإننا نرى أنه يمكن دفع قول الطاعنين بأنه ليس هناك عقد ايجار بين مورثى الطاعنين والمظنون ضدهم ، بأن هناك عقد ايجار صحيحاً تلاتت فيه ارادتا مورثهم ومورث المظنون ضدهم وفقاً لنص المادة (٨٩) من القانون المدني .

يعتبر قبولاً في مفهوم المادة (٨٩) من القانون المدني وعلى ماجرى عليه العمل القضائي . ولم يصب حكم النقض حين ذهب إلى أن محكمة الموضوع لم تتفهم دفاع الطاعنين ومن ثم أخطأت في تطبيق أحكام الصورية ، ذلك أن سلطة تحصيل فهم الواقع في الدعوى هو بما تستقل به محكمة الموضوع ، زد على ما ورد بمذكرة دفاع الطاعنين وصحيفة استئنافهم ومذكرتهم الاحتامية من أنهم قصدوا بأن عقد الإيجار هو عقد صوري قصد به ستر عقد حقيقي ، وخالف حكم النقض القواعد العامة في الإثبات حين ذهب إلى أنه يجوز للخصوم إثبات الظروف والملابسات التي أحاطت بالدليل الكتابي بالبينة والقرائن ، وذلك بالمخالفة للمادتين (٦١ ، ١٠٠) من قانون الإثبات . وفي حكم النقض تعارض واضح إذ تارة ينقض حكم محكمة الموضوع لأنه لم يتفهم دفاع الطاعنين ، حيث ذهبت محكمة الموضوع إلى أنه قصد به أن عقد الإيجار هو عقد صوري قصد به ستر عقد حقيقي ، في حين أن محصلة دفاع الطاعنين يقوم على أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطورا يؤكد على وجود عقد الإيجار بينهما (مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم) ، وأنهما قصداً به اضماء المظهر الكاذب لتصرفهما القانوني الظاهر وهو عقد الإيجار .

ولا شك أن عدم مخالفة حكم النقض للقانون ، ومجافاته لما استقر عليه العمل القضائي ، ومخالفته للقواعد العامة في الإثبات في المسائل المدنية ، وتناقض حيثياته ، جعله حكماً معيباً ، مغايراً للمفاهيم القانونية والقضائية المستقرة ، فصدر لا يؤيده قانون ، خلوا من أي سند في الواقع يؤيده أو يدعمه ، متجاهلاً الثابت بالأوراق والمستندات ، مما جعله جديراً بالتعليق .

(٦١) من قانون الإثبات ، إثبات صورية عقد الإيجار إلا بالكتابة ، كونهم اختلف العام لمورثهم ، ومن ثم يكون شأنهم في الإثبات شأن مورثهم ، وكونهم ليسوا من الغير ، وليس هناك غش أو احتيال على القانون .

والصدق أن محكمة الموضوع طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً ، وأخذت بما استقر عليه العمل القضائي ، حين ذهبت إلى القول :-

« .. والحال أن عقد الإيجار سند الدعوى ثابت بالكتابة ، وقد دفع المتمسكون به على القول بصوريته بأنه لا يجوز إثبات صوريته إلا بالكتابة على النحو السالف البیان ولم تقدم المستأنفة مبدية الدفع بالصورية دليلاً كتابياً على صوريته ومن ثم يتعين القول بأنها عجزت عن إثبات صوريته ويتعين بالتالي القول بأنه عقد جدي » .

٤ - في حكم محكمة النقض تعارض واضح وتناقض صارخ ، إذ تارة ينقض حكم النقض الحكم المطعون فيه ، لأنه اجترأ في الرد على دفاع الطاعنين ، الذي قصد به أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، وطورا يؤكد (حكم النقض) على وجود عقد الإيجار بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، وأنهما قصداً به اضماء المظهر الكاذب لتصرفهما القانوني الظاهر وهو عقد الإيجار . وذلك على التفصيل السابق ايضاحه .

نخلص مما سبق إلى أن حكم محكمة النقض لم يخالف صحيح القانون ، حين ذهب إلى أنه ليس هناك ثمة عقد إيجار يربط بين مورثي الطاعنين والمطعون ضدهم ، ذلك أن تنفيذ مورث المطعون ضدهم للعقد

مشكلة

**جنسية أبناء الأم المصرية
المطلقة من أجنبي**

للسيد الدكتور

حسام الدين فتحى ناصف

مدرس القانون الدولى الخاص

حقوق معين شمس

وضع المشكلة :

مشكلة اجتماعية دافعها الاقتصادي رتبها الطلاق :

في منتصف السبعينات زادت نسبة الزيجات بين الوطنيات والأجانب وبالأخص المنتمين إلى الدول العربية الأخرى ، وكانت هذه الزيجات تحركها دوافع إقتصادية بالدرجة الأولى نعت من رغبة المرأة المصرية في توفير مستقبل آمن لأبنائها وهو أمر لا يحققه إلا الاقتران بأجنبي ميسر ، أما كان عمره ، بحكم الخداع الذي سرعان ما نبطل ، فتفتقر المرأة .

ولأن هدف هذه الزيجة اقتصادى ومن المؤكد أن الزوج يعلم هذا الهدف لكنه يرتضيه بصفة مؤقتة ليشبع رغبة ترى فى التمتع بأمواله فيديو كمن يشتري لنفسه سلعة غالية ولا يتركها إلا وقد استحوطت إلى قمامة ولا نبالغ فى ذلك فالمنطق يقضى بانهيار العلاقة الاجتماعية التى تتأسس على المقدرة الاقتصادية لأحد أطرافها إنهياراً سريعاً ، وهو ما ينطبق على رابطة الزواج وهى أقوى العلاقات الاجتماعية إذ حكمها منطق البيع والشراء وهنت فيها معانى الود والتفاهم والمشاركة .

وتقدم المرأة على هذه الزيجة وهي تعلم أن أبنائها سيتمتعون بجنسية الأب الأجنبية ، وأكثر من ذلك أنها قد تتنازل عن جنسيتها المصرية إذا أرادت إكتساب جنسية الزوج الأجنبي إذا كان قانونه لا يسمح بازواج الجنسية ، وهي تفعل كل ذلك وتتناسى المأساة الخطيرة التي ستقع على رأسها وحدها إذا طلقت دون إنجاب ، أو على رؤوس أبنائها كذلك إذا طلقت بعد الإنجاب والتي تتمثل في صيرورتهم عديمي الجنسية .

هكذا تؤدي محاولة المرأة المصرية لحل مشكلة اقتصادية تتمثل في عدم القدرة على المشاركة في تحمل أعباء زواج ناجح في وطنها ومع أحد أبنائها إلى خلق مشكلة اجتماعية خطيرة تتعلق بحسنية أبنائها

الذين يعيشون في الإقليم المصري كالفريقاء بعد طلاق الأب للأب رغم أنهم لا يرتبطون بوطن آخر ولا ينتمون في مجتمع آخر وهذا ما يدفع السلطة المختصة إلى معاملتهم كالأجانب فيما يتعلق بأقامتهم في مصر أو علمهم فيها أو تعليمهم في مدارسها أو جامعتها أو فيما يتعلق بإمكانية إبعادهم عن مصر باعتبارهم أجانب حيث لا تكفي جنسية أمهم فقط لمنحهم الصفة الوطنية .

والحق أن طلاق المصرية من زوجها الأجنبي هو الذي يفجر هذه المشكلة ويدل على ذلك بعض النماذج الواقعية التي تعان من هذه المشكلة.^(١١)

١- تقول السيدة جلبهان احمد المصرية « تزوجت من لبناني يدعى يحي مصطفى سويدان في عام ١٩٧٠ وقد كنا نعمل في أحد الفنادق هناك ونظراً للخلافات الشديدة بيننا تم الطلاق . وأشترت سنوات زواجي إبناً في الثالثة عشرة لا أستطيع الحصول له على الجنسية اللبنانية لان السفارة اللبنانية ترفض منحہ إياها رغم أن الزواج موثق رسمياً ولا يمكن أن أحصل له على الجنسية المصرية في نفس الوقت تبعاً للقانون المصري ، هذا بالإضافة إلى أنني لا أعرف لوالده مكاناً بعد الحرب التي أتت على الأخضر واليابس في لبنان .

٢- وتقول السيدة المصرية مها لبيب « شاء قدرى أن يوقعنى فى الزواج من شاب لبنانى ، وكما تم الزواج سريعاً انتهى إلى الطلاق السريع وكنت حاملاً فى ابنى احمد ، واخفى طليقى ولم يعثر له على أثر رغم سفرى إلى لبنان منذ عشر سنوات لحل المشاكل المترتبة على حق منع ابنى الجنسية

(١) راجع : الندوة التي عقدتها جريدة الأهرام المصرية لحل مشكلات أبناء الأم المصرية المتزوجة من أجنبي على مدى ٣ حلقات أسبوعية في ١٢ ، ١٩ ، ١٩٨٨/٢/٢٦ ، بالانصر ، الحلقة الثامنة في ١٩٨٨/٢/٢٦ ص ١٦ .

اللبنانية ، هذا الإبن تمت ولادته له بالمستشفى
البيرواني بالعباسية في مصر في ١٩٧٤/١/١٥
ولم يغادر مصر ولم يعرف له أباً .

٣- وتقول السيدة عواطف هاشم ٣٠ سنة « أوقعتى
نصيبى السن كواحدة من بنات البلد البسطاء فى
الزواج من رجل فى الستين وكنت أيامها فى
العشرين ، قال فى الأوراق الرسمية أنه عراقى
واصطحبني إلى الكويت وهناك عشت أياماً حالكة
مع زوج مدمن للخمر وإنتهزت فرصة ولادته لإبنى
إيهاب لمطالبته برؤية أسرتى فأحضرني بعد الولادة
بشهرين ليتركني فى بلدى مصطحباً معه جميع
أوراقنا الرسمية ولم أجد ما يثبت ميلاد إبنى الذى
بلغ من العمر الآن ١١ عاماً واستطعت من خلال
معمونة صديقة مصرية مقيمة بالكويت استخراج
وثيقة صادرة من مستشفى النحاحيل بالكويت
تقول أننى ولدت إبنى فيها ، ودخل إبنى المدرسة
الإبتدائية بدار السلام ، إلا أن ناظر المدرسة طرده
فى منتصف هذا العام لعدم وجود ما يثبت أنه
مصرى أو عدم وجود وثيقة إقامة فاضطرت
لإلحاقه عاملاً فى متجر لأدوات الصحية وحصلت
على طلاقى بالمحكمة لأتزوج من مصرى أنهجت
منه أبناء يتعلمون ولهم حقوق المواطن المصرى
بينما أخوهم ضائع بلا جنسية أو شهادة تعليمية .

فى كل النماذج المعروضة والتي تعتبر مجرد أمثلة
عن معاناة أكثر من ٢٥ ألف أسرة من المشكلة محل
البحث فشلت زيجات المصريات من الأجانب ولو أن
الزواج قدر له النجاح ما أثيرت هذه المشكلة التى لم
تظهر إلا فى منتصف السبعينات كما نوهنا .

هكذا يبين أن مشكلة أبناء الأم المصرية هى بالفعل
مشكلة اجتماعية ذات دافع اقتصادي فجرها طلاق
الزوجين .

وإذا كان الطلاق هو جوهر المشكلة ، فيجب إذا
أردنا الحل أن نتحررها فى الحدود المناسبة والمسببة
للمشكلة .

يبدو أن الطلاق كان هو السبب المتحرك للمشكلة إلا
أن هناك أسباب أخرى تساهم فى تعقيد المشكلة أو
الوقوف فى طريق حلها وأهمها ضعف دور الأم المصرى
فى نقل الجنسية المصرية لأبنائها وعدم كفاية الإلتباط
الفعلى بالإقليم المصرى لإسباغ الجنسية على غير
الراشدين فى غير حالة جهالة الأبوين ، وهى أسباب
يتنبأ أن يأخذها المشرع المصرى بعين الاعتبار عند
وضعه للحل التشريعى لهذه المشكلة ، والتي على
أساسها قسمنا هذا البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أسباب عدم فتح الأبناء بجنسية الأم المصرية .

المطلب الثانى : عوامل نقل جنسية الأم المصرية للأبناء
والحل المقترح للمشكلة .

المطلب الأول

أسباب عدم فتح الأبناء بجنسية الأم المصرية

وتتحصن أسباب عدم فتح الأبناء بجنسية الأم
المصرية فى الدور القانونى للأم فى نقل جنسية أبنائها ،
وعدم كفاية الإرتباط الفعلى بالإقليم المصرى فى مجال
الجنسية الأصلية كأساس لإسباغ الجنسية فى غير حالة
جهالة الأبوين ^(١) ونعرض لتفاصيل ذلك فى فرعين
متتالين على الوجه الآتى :

الفرع الأول : دور الأم فى نقل الجنسية للأبناء دور ثانوى

يستفاد من نصوص تشريع الجنسية المصرية الحالية
رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ، أن دور الأم المصرية فى نقل
الجنسية لأبنائها هو دوراً ثانوياً أو احتياطياً محضاً ^(٢)
بينما يقوم الأب المصرى بالدور الأساسى فى نقل
الجنسية للأبناء .

(١) انظر المادة (٤/٢) من قانون الجنسية المصرية الحالية التى تنص على أن
« يعتبر مصرى من ولد فى الأراضى المصرية من والدين مجهولين » .

(٢) انظر فى ذلك : د . فؤاد عبد المصم رياض - مشكلة جنسية أبناء الأم
المصرية ، منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى عدد (٤٢) سنة
١٩٨٦ ، ص ٩ .

فى ذلك روح شريعته الغراء ، وليس فى أدنى مخالفة للمستور^(٢) فمستور الدولة الإسلامية هى شريعته خاصة فيما يتعلق بمركز الرجل ومركز المرأة .

وفوق كل ذلك ، فإن المساواة التامة بين الرجل والمرأة فى مجال نقل الجنسية فيها فتح صريح لباب ازدواج الجنسية وتوسيع قاعدة المتبعين بالجنسية الوطنية إلى ضعف تعدادها الآن .

وإذا كانت حدة مساوئ المشكلة قد دفعت البعض^(٣) إلى نقل موقف المشرع الحالى بأنه موقف يميز المرأة المصرية التى تنجب سفاحاً على المرأة المصرية التى يطلقها الأجنبى ، إلا أن ذلك مردود عليه بأن المشرع يتيح الفرصة للأُم لتؤدى دورها فى نقل الجنسية عند أى تمعيب يطرأ على موقف الأب ثم هل تقبل المرأة المصرية المطلقة من أجنبى إعتبار ابنها نتاج سفاح فى مقابل قتمعه بجنسيتها ؟ هذا ما لا نعتقد به نعتقد أن المشرع حكمه فى كل حكم يقرره كما أن لديه لكل مشكلة حل وهو يراعى فى حل المشكلات الوطنية أحوال المجتمع وظروف أبنائه .

يضاف إلى ما سبق ، وفى ظل التشريع الحالى أنه يمكن التحويل على صلة الدم من جهة الأم المصرية إذا أضيف إليها ما يفيد الارتباط الفعلى بالإقليم المصرى بتوطن الإبن فى مصر توطناً فعلياً بالإقامة على إقليمها دون نية المفاداة وذلك لنزع الجنسية المصرية لإبنها المولود فى الخارج سواء أكان شرعياً أم غير شرعى طالما كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها أو غير معترف بالإبن .

ففى التشريع المصرى يعتبر دم الأب هو أساس تمتع الأبناء بالجنسية المصرية الأصلية منذ مولدهم وذلك أياً كان مكان الميلاد وأياً كانت جنسية الأم ، وهو وضع قد يسمح بازدواج جنسية المولود ، منذ لحظة ميلاده إذا حصل كذلك على جنسية الدولة التى ولد فيها « إذا ولد فى الخارج من أب مصرى » ونعتقد أن تمتع هذا الوليد بالجنسية المصرية حال ميلاده فى الخارج لا ينفى وجود ارتباط فعلى بالدولة المصرية يتحمل فى أصلها المصرى الذى يكون دائماً قدوة الأبناء ، فالارتباط لا يتحقق فقط بالميلاد على الإقليم المصرى أو بالتوطن فيه .

هذا الدور الحيوى للأب يقلل من الفرصة المتاحة أمام الأم لنقل الجنسية المصرية لأبنائها ويقصر هذه الفرصة على حالة عدم ثبوت نسب الإبن للأب قانوناً وحالة تعيب جنسية الأب « كون الأب مجهول الجنسية أو عديمها » .^(٤)

فى هذه الأحوال وحرصاً على ألا يصير الإبن عديم الجنسية يعتد بجنسية الأم المصرية التى ولدته ، ولكن ذلك لا يكفى بل لابد من تدعيم جنسية الأم بارتباط الإبن بالإقليم المصرى ، ذلك أن المشرع المصرى يركز على دور الأب باعتباره محرك دفة الأسرة فإن غاب لا يلقى تماماً دور الأم لكنه يتطلب إلى جانب ما يدعمه ، ولا غشاضة فى ذلك ولا ينهى ان يفسر ذلك بوجود عدم مساواة بين الرجل والمرأة فى هذا الخصوص فمصر دولة إسلامية والإسلام قد فرق بين الذكر والأنثى فى مجال الميراث فأعطى الذكر مثل حظ الأنثيين كما فرق بينهما فى مجال الشهادة فجعل شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة الرجل ، فالإسلام أقام تلك التفرقة التى احترمتها الجميع وإذا كان المشرع قد غلب دور الرجل على المرأة فى مجال نقل الجنسية للأبناء فهو قد استلهم

(١) راجع للمادة (٢) فقرة (٢) وفترة (٣) من تشريع الجنسية المصرية السابق (٢) انظر فى عكس ذلك : د. لى تكلأ ، ندوة الاحكام السابق الاشارة اليها المجلد الأول ، ١٩٨٨/٢/٧ ، ص ١١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : د. ابراهيم أحمد ، الندوة السابق الاشارة اليها ، المجلد الثانية ، ١٩٨٨/٢/١٩ ، ص ١١ .

فالجنسية الفعلية لها مجالها الخاص وهو الجنسية المكتسبة أو الجنسية المختارة في تاريخ لاحق على الميلاد والتي يتقيد منحها بشروط تكشف عن وجود ارتباط فعلي للأجنبي طالبها بمجتمع الدولة التي يرغب في التمتع بجنسيتها وتقدر السلطة المختصة وجود الارتباط من عدمه فتمنح الجنسية أو تمنعها .

أما مشكلة أبناء الأم المصرية فهي تتحرك أساساً في إطار الجنسية الأصلية ^(١) إذ أن الأبناء الذين يولدون في طلبها هم دون سن الرشد وفي هذا الإطار يكون مبدأ الارتباط الفعلي بمفهومه المعروف في حالات التجنس غير قابل للنقاش ، لأنه يكون بمثابة الأمر المفترض فالجنسية الأصلية تقوم على حق الدم من جهة الأب أو من جهة الأم أو على حق الاقليم وهي تثبت للشخص في لحظة ليست لديه فيها قدرة على التمييز وهذا ما دفع إلى تسميتها بالجنسية المفروضة أما الارتباط الفعلي في مجال الجنسية المكتسبة فهو غير موجود منذ البداية ولذلك يتم البحث عنه عندما يتقدم الأجنبي لطلب الجنسية .

المطلب الثاني

عوامل نقل جنسية الأم إلى الأبناء والحل المقترح للمشكلة

يرتبط بدراسة أسباب عدم تمتع الأبناء بجنسية أمهم المصرية والتي عرضنا لها في المطلب الأول دراسة العوامل التي تساهم في نقل جنسية الأم إلى الأبناء والتي نعرض في ضوئها وعلى هدى الأسباب التي سبقتها للحل المقترح للمشكلة وعلى ذلك ندرس

(١) انظر المادة (٦) فقرة (٢) من تشريع ١٩٢٩ .

(٢) انظر المادة (٤/٢) من قانون الجنسية الحالي .

(٣) والجنسية الفعلية هي الجنسية التي يعترف بها على المستوى الدولي راجع حكم محكمة العدل الدولية والذي أقر تلك الفكرة في قضية منشور في - Nottebohm Revue critique de Droit international privé 1956 (4) P. 607 .

(٤) راجع ما بعد : ص ١٥ .

وتلك حالة كانت تعد في تشريعات الجنسية المصرية السابقة ^(١) من حالات الجنسية الأصلية التي تثبت للإن بمرءه الميلاد .

هذا هو دور الأم المصرية في نقل الجنسية لأبنائها كما رسمه التشريع الحالي وهو دور يبدو ثانوياً أو بالأحرى احتياطياً بالمقارنة بالدور الأساسي للأب .

الفرع الثاني : عدم كفاية الارتباط بالاقليم المصري في غير حالة جهالة الأبوين .

الارتباط الفعلي بالاقليم المصري لا يكفي وحده لتمتع بجنسية أصلية إلا إذا كان الأبوان مجهولين ^(٢) أي إذا تعلق الأمر بلفيط يوجد على الاقليم المصري وحكمه ثبوت الجنسية المصرية الأصلية لهذا القبط تجنبه الوقوع في مشكلة انعدام الجنسية .

على ذلك لا يكفي الارتباط بالاقليم المصري عند معرفة أحد الأبوين مثل معرفة الأم وكونها مصرية في المشكلة محل البحث .

وإذا كان تمتع الأم بالجنسية المصرية غير كاف في مجال الجنسية الأصلية وكان الارتباط بالاقليم المصري أيضاً لا يكفي وحده إذا كانت الأم معروفة وإذا كان لابد من تدعيم دور الأم عند تعيب موقف الأب ، فالمنطقي أن يعتمد عند هذا التعيب بجنسية الأم والارتباط بالاقليم المصري فعندئذ يضاف إلى صاحب الدور الثانوي ما يدعم دوره ويقربه من الدور الأساسي .

على أنه يجب ألا يقرب عن الهال أن عدم كفاية الارتباط بالاقليم المصري في هذا الخصوص لا يعني تجرد المشرع المصري عند منح الجنسية من أساس هذا المنح المتمثل في ضرورة وجود ارتباط فعلي بين الدولة والفرد حتى تصبح الجنسية الممنوحة جنسية

فعالية ^(٣) Nationalité effective

فيما يلي هاتين المسألتين كل في فرع مستقل بالترتيب الأتي :

الفرع الأول : عوامل نقل جنسية الأم إلى الأبناء .

الفرع الثاني : الحل المقترح للمشكلة .

الفرع الأول : عوامل نقل جنسية الأم إلى الأبناء .

ويمكن إجمال هذه العوامل في إثنين :

الأول : جهالة الأب أو تعيب جنسيته أو تطليقه للأم .

الثاني : الارتباط بمصر بالميلاد أو الترطن .

الأول : جهالة الأب (أو تعيب جنسيته أو تطليقه للأم :

وهذه هي الصياغة التي تكشف عن قصور دور الأب وتحسم الاعتماد على جنسية الأم إذا ارتبط الإبن بالأقليم المصري .

وجهالة الأب أو تعيب جنسيته أمران منصوص عليهما في الفئتين الثانية والثالثة من المادة الثانية من التشريع أما مسألة قيام الأب الأجنبي بتطبيق الأم المصرية فهي مثابة موقف جديد ينبغي أن يأخذه مشرعنا الوطني في اعتباره عند إجرائه التعديل الذي يحسم تلك المشكلة وذلك التعديل سيكون باضافة بعض النقاط التي تشكل قصوراً يمكن معالجته وبالتالي حسم المشكلة ولأن قيام الأب الاجنبي بتطبيق الأم المصرية هو سبب قيام المشكلة كما سبق ان بينا^(١) ، ولأن حل المشكلة يجب أن يكون باعتبار سبب قيامها فاننا نعتقد ان العنصر الأول للحل هو أن يؤخذ طلاق الاب للام في الاعتبار على أن يكون طلاقاً بائناً ولا يكون طلاقاً رجعيّاً . يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته الى الزوجية ما دامت في العدة سواء رضيت أم كرهت^(٢) .

والطلاق البائن هو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته في العدة^(٣) وهو نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

والطلاق البائن بينونة صغرى يمكن فيه إعادة الحياة الزوجية بين المطلق ومطلقته بعقد ومهر جديدين ويقع في ثلاثة أحوال .

أولاً : الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان بعد الخلوة .

ثانياً : إذا افترقت المرأة نفسها بالمال وهو ما يسمى الطلاق على مال .

ثالثاً : الطلاق بحكم القاضي بناءً على طلب المرأة « بسبب الشقاق أم الغيبة وخوف الفتنة ، أو عيب في الزوج » .

أما الطلاق البائن بينونة كبرى ففيه لا يملك المطلق مراجعة مطلقته في العدة كما لا يمكن إعادة الحياة الزوجية بعقد ومهر جديدين ، بل تحرم عليه المرأة بصفة مؤقتة حتى تتزوج بزواج آخر زوجاً شرعياً صحيحاً لبناء أسرة دائمة ، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها .

ولا يجب أن يغرب عن البال أن الطلاق ينبغي أن يقع قبل بلوغ الابن سن الرشد ، وهذا هو الحاصل فعلاً في كل حالات المشكلة لانه بعد هذه السن يستطيع الابن ان يسلك سبيل الحصول على الجنسية المصرية معتزداً على ذاته وان ارتكز على أصوله أو على عوامل أخرى .

هكذا نخلص الى الجزئية الأولى التي يجب أن يتضمنها التعديل التشريعي حيث يجب الاعتداد بجنسية الأم المصرية مضافاً اليها الارتباط بالأقليم المصري تلم الجزئية التي تكشف عن ضعف جديد في موقف الأب يتمثل في قيامه بتطبيق الأم وتضاف تلك

(١) راجع ما سبق ص ٦ وما بعدها .

(٢) راجع في ذلك : د. زكريا البري ، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٤٧ .

(٣) راجع د. زكريا البري ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها .

« يعتبر مصرياً من ولد في مصر أو في الخارج من أم مصرية »

إذا كان موقف الأب معيباً بأحد العيوب الثلاثة السابقة .^(٥)

والإضافة السابقة تجعل من نص المادة الثالثة من قانون الجنسية الحالي نصاً عديم الجدوى ويجدر بالمشرع الغاؤه حيث إن إضافة المقترحات المشار إليها يجعله نصاً شاملاً للحالات التي تبين دور الأم في نقل الجنسية لأبنائها .

الفرع الثاني : الحل المقترح للمشكلة

إذا كان التحليل السابق يكشف عن ضرورة الاعتراف لأبناء الأم المصرية بالجنسية المصرية إذا ارتبطوا بالاقليم المصري مولداً أو موطناً ، وكان الأب غير معترف بالأبن أو تعيب جنسيته « بأن كان عديم الجنسية أو مجهولها » أو قام بتطبيق الأم فإن الحل المقترح هو اجراء تعديل تشريعي بإضافة بعض النقاط الهامة الى المادة الثانية من التشريع الحالي في فقرتها الثانية والثالثة بحيث تصبح صياغتها الجذبة على النحو الآتي :

يعتبر مصرياً من يولد في مصر أو في الخارج من أم مصرية إذا كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها أو قام بتطبيق الأم .

أما الحل الذي يقضى بالتسوية التامة بين دور الأب ودور الأم في نقل الجنسية للأبناء ، كأن ينص مثلاً على

(١) راجع ما سبق ص ٩٠ .

(٢) المادة (٢) فقرة (٢) من التشريع الحالي .

(٣) المادة (٢) فقرة (٣) من التشريع الحالي .

(٤) راجع التشريعات التي تعترف بجنسية أصلية لأبن الوطنيه سواء ولد في الوطن أو خارجه ، د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .

(٥) راجع ما سبق ص ٩٠ وما بعدها .

الجزئية إلى جزئية عدم ارتباط الأب بالأبن المتمثل في عدم الاعتراف بالأبن وجزئية عدم ارتباط الأب بدولة والمتمثل في كونه مجهول الجنسية أو عديمها .

الثاني : الارتباط بالاقليم المصري بال ميلاد أو بالتوطن :

إذا تعيب موقف الأب بأحد العيوب السابقة في مواجهة ابنه أو زوجته أو دولته^(١) تعين النظر الى الطرف الآخر الذي ينقل الجنسية عن طريق حق الدم الا وهي الأم ، إلا أن جنسية الأم وحدها لا تكفي إذ لا بد من وجود ما يكشف عن ارتباط الإبن الذي ستثبت له

الجنسية المصرية بالاقليم المصري هذا الارتباط ورد النص عليه تارة في مجال الجنسية الأصلية عندما نص التشريع على « يعتبر مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له »^(٢)

كذلك من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته الى ابيه قانوناً^(٣) كما ورد النص عليه تارة أخرى في مجال الجنسية المكتسبة إذ تنص المادة الثالثة على أنه

يعتبر مصرياً من ولد في الخارج من أم مصرية ومن أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية ، إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من بلوغه من الرشد باخطار

يوجهه الى وزير الداخلية على ذلك خلال سنة من وصول

الخطار اليه^(٤) « فالصورة الأولى للارتباط بالاقليم

المصري تتمثل في كون ميلاد الإبن قد وقع على الاقليم

المصري ، والصورة الثانية التي نريد اضافتها والتي

تبين هذا الارتباط تتمثل في الإقامة المعتادة في مصر

إذا تم الميلاد في الخارج والإقامة المعتادة تترادف الوطن

أي انها تقوم على عنصرين احدهما مادي يتمثل في

الإقامة الفعلية في اقليم الدولة وثانيهما معنوي هو نية

البقاء والاستقرار ، ولذلك فإننا نود أن نضاف الصورة

الثانية من الارتباط الى نص المادة الثانية في فقرتها

الثانية والثالثة لتصبح صياغته على النحو الآتي :

تولد أو أضرر الولد في الأسرة واستقرار الأبناء وروسو
اتعانتهم وولاتهم وحينئذ تنبخر كل المشكلات .

ووقوع الطلاق قبل بلوغ الأبناء سن الرشد يمكن
من الفصل بين مجال الجنسية الأصلية والجنسية
المكتسبة .^(٤)

يبقى ان نشير الى أن الجنسية المصرية تعتبر امر لا
غنى عنه بالنسبة لأبناء الأم المصرية المطلقة من اجنبي ،
حتى يمكنهم التمتع بالحقوق الضرورية للحياة وحتى
يمكنهم الشعور بانهم غير غرباء عن مجتمع يرتبطون به
ارتباطاً وثيقاً بجنسية امه وبميلادهم أو توطنهم على
إقليمه ، وكل هذه الأمور لا يصلح على تحقيقها أى حل
بديل^(٥) يمكن أن يتمثل في منح هؤلاء الأبناء حق
الاقامة في الاقليم المصرى أو حق التعليم فى مدارسها
أو حتى فى تقرير بعض الإعفاءات المالية ، فكل ذلك لا
يشعرهم بالأمم النفسى ولا يؤمنهم ضد خطر الإجراءات
التي يمكن للسلطات المختصة إتخاذها ضد الأجانب كما
لا يشعر الدولة ذاتها بأن هؤلاء يمكن أن يؤتمنوا على
حمايتهم عند الاقتضاء وهم متجردين من ارتباطهم
القانونى بها ، هكذا تقتضى مصلحة الدولة ومصلحة
هؤلاء الأبناء اسباغ الجنسية الوطنية عليهم حتى يأمون
فى دولتهم وتأمين دولتهم بهم .

أنه يعتبر مصرياً من يولد لأب مصرى أو لأم مصرية^(١)
فإنه يفتح المجال صراحة ومرة ثانية لازدواج الجنسية
حيث يوجد نص آخر فى التشريع الحالى يقر هذا المبدأ
صراحة وهو الذى يسمح للمصري بامكانية الاحتفاظ
بجنسيته رغم تحنسه بجنسية أجنبية^(٢) والواجب على
المشرع ان يحارب هذا الازدواج أو يقلل بقدر المستطاع
من حالاته باعتباره يمثل ظاهرة شاذة على مبدأ تمتع
الشخص الواحد بجنسية واحدة .

والصياغة المقترحة لنص المادة الثانية تحجب المشرع
تماماً الوقوع فى دائرة الازدواج مرة أخرى إذ انها صياغة
على قدر الضرورة التي فرضتها وهذا منطقي ذلك أنه
إذا كان سبب المشكلة معلوماً فيجب ان يأتى الحل فى
حدوده ويكفى ان نفتح صنبور الجنسية المصرية بضغطه
بسيطة تروى من يعانون من الظأ منها^(٣) ولا ينفى
أن تضغط على هذا الصنبور ضغطه شديدة وطويلة تفرق
الجميع وتجعل جنسية الدولة المصرية جنسية رخيصة لا
مذاق لها عندما تكون مفتوحة أمام من يرغب فيها ومن
لا يرغب ، بل الأحرى ألا يكون التمتع بها امراً هيناً
فهى جنسية حضارة عريقة أذهلت العالم كله ، ولذا
يجب أن تكون جنسية غالية لا ينالها إلا من
يستحقها .

وفى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن الجنسية التي تنقلها
الأم المصرية لأبنائها هى جنسية أصلية تثبت منذ الميلاد
أو ما قبل بلوغ سن الرشد ذلك أن طلاق الأجنبي
للمصرية يتم فى الغالب قبل بلوغ الأبناء سن الرشد أى
وهم عديموا التمييز أو قاصرون .

وكما سبق أن بينا أن هذا الزواج المختلط لا يكون
طويل العمر ، ذلك أنه إذا طال عمره كان معنى ذلك

(١) راجع فى اتجاه التسمية بين الأم والاب ، د. غزاد رياض ، المجلة المصرية
السابق الإشارة إليها ، ص ١٢ وما بعدها ، وفى فرنسا ،
Loussouarn et Boursel : Droit international Privé précis
Dalloz 2ed 1980 P. 680 .

(٢) المادة (١٠) من التشريع الحالى .

(٣) وهم حوالي ٢٥ ألف حالة ، ندوة الاحرام السابقة ، ١٩٨٨/٢/٦ ،
ص ١١ .

(٤) راجع ما سبق ، ص ١١ .

(٥) راجع فى عدم كفاية الحلول البديلية ، د. غزاد رياض ، المجلة المصرية
للقانون الدولى ، السابق الإشارة إليها ، ص ١٢ .

**إشراف السلطة القضائية
على الانتخابات النيابية
والاستفتاءات العامة
وتحقيق الطعون فيها**

دكتور

محمد كامل عبيد

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

(فرع بنى سويف)

بدايتها حتى إعلان نتيجتها تحت الاشراف الكامل والحقيقي والرقابة الفعلية والفاعلة للسلطة القضائية .

١- من المتفق عليه في فقه القانون الدستوري . أن الانتخابات الحرة النزهاء تعتبر مرآة للرأى العام وأن إصلاح نظام الانتخابات هو الحجر الأساسى فى ببناء حركة الإصلاح السياسى . (١)

٢- وإذا كان أمراً مشرفاً للقضاء المصرى أن تعهد إليه الدولة إلتصافاً لشقة الناس فى نزاهته وعدالته وحيدته وتجرده بالإشراف على الانتخابات النيابية والإستفتاءات العامة ، فإن هذا الإشراف قد غدا خلال الحقبة الأخيرة من تاريخنا السياسى إشرافاً مزعوماً وصورياً لأسباب متعددة لا يتسع المقام للإسهاب فيها وأضحى القضاء بذلك يتحمل أمام المجتمع أوزاراً لا يد له فيها نتيجة البسطة الكاملة من جانب السلطة التنفيذية على العملية الانتخابية بكاملها ، بينما يقتصر دور القضاء فيها على رئاسة اللجان الرئيسية والعامة فى الدوائر الانتخابية ، ولا يتجاوز هذا الدور مجرد إجراء عملية الفرز وحصر النتائج على حين أن عملية التصويت ذاتها وهى لب العملية الانتخابية وجوهرها تتم بعيداً عن إشرافهم أو رقابتهم فى اللجان الفرعية .

٣- وإذا كان ضمان سلامة العملية الانتخابية فى كافة مراحلها هو وضعها تحت إشراف السلطة القضائية ، ومنع هذه السلطة اختصاصات واسعة تمكنها من منع وإيقاف أى تدخل فى الانتخابات أى كان مصدر هذا التدخل .

٤- وإذا كان من شأن الاشراف القضائى أن يؤدى فى النهاية إلى سلامة تكوين الهيئة التشريعية عن طريق تشكيلها الصحيح والمعبر عن إرادة الناخبين (٢) . فإنه ينهى أن نكون أمام أحد خيارين لا ثالث لهما :

أولهما : أن توضع العملية الانتخابية بكاملها ومن

(١) انظر تفصيلاً فى نظم الانتخابات المراجع المتخصصة التالية :-

- د. محمود عبد : نظام الانتخاب فى الشريعة المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٤١ .
 - د. عبد المجدى رجب : المثل الديمقراطية والنظام الانتخابى فى مصر ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
 - د. عبد الحميد متولى : محاضرات عن مشكلة إصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ .
 - دكتور محمد الشرقاوى ودكتور عبد الله نائف : نظم الانتخابات فى العالم وفى مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
 - د. مصطفى عفيفى : نظام الانتخابى فى الميزان ، مكتبة سعيد رأفت بجامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- وانظر باللغة الفرنسية :

- CHARINAY (Jean - Paul) : Le controle de la regularité des élections parlementaires, Ed. L.G.D.J., Paris, 1964 .
- AVRIL (Pierre) . Les francais et leurs parlement, Ed. Gasteman, Bruxelles, 1972 .
- COTTERET (Jean - Mane) et EMERI (Claude) : les systemes electoraux, Ed. P.U.F., Paris, 1973 .
- DEMICHEL (Andre et Francine) : Droit électoral, Ed. Dalloz, Paris, 1973 .
- BON (Frederic) : Les élections en France. Ed du Seuil, Paris, 1978 .
- GEORGE (JEAN), HAND (G.J.) et SASSE (ch.), Les regimes electoraux dans la Communaute Européenne, Ed. Cujas, Paris, 1979 .
- COTTERET (Jean - Mane), EMERI (Claude) et LAUMIERE (P.) : Lois, electorales et inegalite de representation en France, Ed. P.U.F., Paris, 1980 .

(٢) انظر :

- د. السيد صبرى : آراء فى الحياة النيابية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٣٨ .
- د. عبد الحميد متولى : محاضرات عن مشكلة اصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص ٥٥ .
- وقد لاحظ - بحق - الدكتور سليمان الطماوى فى مؤلفه « مبادئ القانون الدستورى المصرى والتمهيد » ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٨ - ١٩٦٠ ، دار الفكر المصرى ، ص ١٨٨ ، أن ضعف الناخبين وتزوير الانتخابات يترتب عليهما حتماً ضعف النواب ، وأن مستوى النواب - فى العهد الملكى - أخذ فى الضعف حتى وصل إلى النبالة أشخاص غير جديرين بجهة محاسبه الزوراء .
- كما سجل د. طيمية الجرف فى مؤلفه « موجز للقانون الدستورى » ، طبعة ١٩٦٠ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٠٦ ، أن أسوأ ما خلفته حكومات الأقلية فى الحياة السياسية المصرية قبل سنة ١٩٥٢ أنها كانت تبيت دائماً بعيرة الانتخابات وتدخل فيها تدخلاً إدارياً لصالح مؤيديها وأنصارها . وبذلك أرسى فى مصر قاعدة تزوير الانتخابات والعيب بإرادة الناخبين حتى أصبحت قاعدة فى تكوين البرلمانات المصرية ...

بحيث تكون لهذه السلطة فيها الكلمة الأولى والأخيرة من خلال جعل اللجنة العامة للانتخابات وكافة اللجان الرئيسية والفرعية ذات طابع قضائي بحت حتى وإن استلزم ذلك إجراؤها على مراحل متتالية .

ثانيهما : إعفاء السلطة القضائية من هذا الإشراف الصوري والمزعوم وإنعدام كل صلة لها بالانتخابات إذا لم توضع العملية الانتخابية في كافة مراحلها ومن ألغها إلى يانها تحت إشراف ورقابة هذه السلطة حتى لا تتحمل أوزارها أمام المجتمع الذي يضع ثقته في عدالة رجالها وحيدهم ونزاهتهم .

5- ويتصل بما تقدم اتصالاً وثيقاً وجوب إجراء التعديلات الدستورية والتشريعية اللازمة التي بموجبها يكون فحص الطعون الانتخابية والفصل فيها موكولاً إلى القضاء وحده ودون غيره من خلال إعطاء صيغة الدعوى القضائية ، فتعرض نتيجة التحقيقات التي تجريها محكمة النقض فيها على إحدى دوائرها للفصل في هذه الطعون بحكم ذي حجية فالفصل في صحة العضوية هو في حقيقته مهمة قضائية بحتة تستدعي بحتاً وتدقيقاً لا يتفق وتكوين المجالس النيابية التي ينبغي أن تقصر جهودها ووقتها على اختصاصها الأصيل في التشريع ورقابة السلطة التنفيذية وتقتضي حياداً لا ضمان له في ظل أغلبية حزبية وبالأخص غداة المعارك الانتخابية . (١١)

(١١) انظر في هذا الموضوع تفصيلاً مقال المستشار الدكتور علي محمد هيد الفلاح « الاختصاص بالفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية - دراسة في ضوء القانون الدستوري المصري والمقارن » ، مجلة القضاء ، يونيو ١٩٨٤ ، ص ١٥٣ - ١٨١ .

• وانظر حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية (الغائرة السادسة) الصادر بحسب ١٩٧٤/٦/٩ في الدعوى رقم ٤٢٧٦ سنة ١٩٧٣ مئذنى كلى

جنوب القاهرة ، المرفوعة من الأستاذ أحمد حسين ناصر المحامى ضد السيد رئيس مجلس الشعب وآخرين ، والتي جاء فيه .. « أن المحكمة تقر إبتداءً أن الاختصاص الموهوب به إلى مجلس الشعب وهو الفصل في صحة عضوية أعضائه ، إنما هو في الأصل من اختصاص السلطة القضائية ، ذلك أنه نزاع بين طرفين ، الفصل فيه يكون من اختصاص القضاء صاحب الولاية الأصلية بالفصل في كافة المنازعات ، ويكون سلب هذا النزاع من القضاء واختصاص السلطة التشريعية به إنما يمثل اعتداء من الأخيرة على السلطة القضائية .. ويعد مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات .. »

• وقد أهابت محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ١٧٦) في حكمها الصادر بحسب ١٩٧٩/٤/١٩ في الاستئنافات الثلاثة للمقيدة بجدولها تحت أرقام ٣٩١٧ ، ٣٩١٨ ، ٣٩٤٥ سنة ٩١٩ق - بشأن الحكم المشار إليه سلفاً - بالمستوفين في الدولة بأن يعملوا على « جعل الاختصاص بالفصل في الطعون الانتخابية مقوداً لحكمة النقض - قمة السلطة القضائية - وليس قاصراً على تحقيقها ولها ، الرأي فيها فخط كما هو مصرح به حالياً ، ذلك لأن إفساد هذه المهمة إلى جهة قضائية عليها يورث الضمانات والمجملات والكفالة القانونية والعدالة اللازمة ، ولو أنه سيكفى به» إضافي على عائق القضاء ، إلا أن كل مشتقة ويهدد مضن يهون في سبيل المصلحة العامة ... »

• وقد انتقد الفقه الفرنسي اختصاص المجالس النيابية بالفصل في الطعون الانتخابية ، فيليب الفقيه « إسبان » إلى أن هذا النظام ينطوي على مساوئ لا جدال فيها ، فهو يقوم على مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يمثل اعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية إذ أن الأمر يتعلق بمنزلة من اختصاص السلطة القضائية .

- ESMEIN (A.) Elements de droit constitutionnel francais et compare, Je ed., paris, 1921, T. II, P. 356 .

• وقد أكد الفقيهان « بارترلي و دويز » أن الفصل في صحة نيابة الأعضاء قد غدا عملية سياسية لا ضمان لها من الناحية القانونية .. إننا نشاهد خصوصاً تقترع لحصر ، ومن المحال أن يقترح صديق ضد صديق ..

- BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.) Traite de droit constitutionnel, Ed, Dalloz, Paris, 1933, P. 440 .

• كما عاب السيد « دويج » على ذلك بقوله « أتني أرى أن هذا الطريقة - أي من المجالس النيابية في الفصل في صحة نيابة أعضائها - مصيбе جداً ، وأنه لمن أخطر الأمور أن نفتح مجلساً سياسياً وطبقية قضائية ، إذ من المستحيل أن يسرد الهذو و عدم التحيز الضروريان لمثل هذه الوظيفة .. حقيقة أنه مقيد بالحكم طبقاً للقانون ولكنه لا يفهم ذلك إلا بصحيفة .. بل وفي أغلب الأحوال يكون بما يخالف القانون دون أن يشعر ، ومن ناحية أخرى نفى أغلب الأحوال يستخدم حزب الأغلبية حتى انظر في صحة النيابة كسلاح انتقامي ضد الأحزاب المعارضة مما لا يتفق والحياد الهادئ الذي يتطلبه القضاء .. »

- DUGUIT (Léon) : Traité de droit Constitutionnel, 28d., Paris, T, 4, 1924, PP. 356 - 358 . =

٦- وجدير بالذكر أن المؤتمر الأول للعدالة الذي عقد بالقاهرة خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ أبريل ١٩٨٦

● كما عهد دستور البرهان الصادر في ٢٣ مايو ١٩١١ طبقاً للمادة ٧٣ منه - إلى محكمة يختار أعضاؤها من بين مستشاري محكمة النقض ومحامى الاستئناف بطريق القرعة للفصل في الطعون الانتخابية سواء أكان مرجعها عدم سلامة الانتخابات أو عدم توافر شروط المنصوب في المرشحين .

● أما الدستور الاتحادى لجمهورية النمسا فقد عهد - طبقاً للمادة ١٤١ منه - إلى المحكمة الدستورية العليا بالفصل في الطعون الانتخابية للخدمة أعضاء الهيئات الانتخابية .

● وفي تركيا نصت المادة ٧٥ من دستورها الصادر في ٩ يولييه ١٩٦١ على أن تخبر الانتخابات تحت رقابة وإشراف الجهات القضائية ، ومنذ بداية الانتخابات حتى نهايتها ، كما تتولى فحص جميع المخالفات ويبحث جميع الشكاوى والاعتراضات المتعلقة بالانتخابات طبقاً للوائح الانتخابية ويعملها ، فضلاً عن اختصاص المجلس العالى للانتخاب بشكل كامله من رجال القضاء ، بفحص الطعون الانتخابية والفصل فيها - انظر : الموسوعة العربية للنسائير العالمية ، الإدارة العامة للنشر والفرق ، طبع الآلة المصرية ، ١٩٦٦ ، ص ٧٦٥ .

- وانظر أيضاً مقال المستشار الدكتور على محمد عبد الفتاح ، الاختصاص بالفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية ، للدراسة في ضوء القانون الدستوري المصري والقانون ، مجلة القضاء ، يونيو ١٩٨٤ ، ص ١٦٢ - ١٦٦ .

● وفي مصر عهد الدستور الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠ بتقضى الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ في المادة ٩٠ منه إلى القضاء بولاية الفصل في الطعون الانتخابية إذ نصت على أن « تقضى محكمة الاستئناف متعلقة بهيئة محكمة نقض بإبرام إذا أُنشئت ، في الطلبيات الخاصة بصحة نيابة النواب والشيوخ أو بشرط عضويتهم ، وبعدة قانون الانتخاب طريقة السير في هذا الشأن » .

● وعندما صدر الأمر الملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ نص على إبطال العمل بمقتضى ١٩٣٠ ، ثم تلاه دستور الأمر الملكى رقم ١١٨ لسنة ١٩٣٤ متحفظاً للنص على عودة العمل بمقتضى ١٩٣٣ ، ويملك أحمد سريان نص المادة ٩٥ من هذا الدستور ، والذي جعل الاختصاص لكل مجلس بالفصل في صحة نيابة أعضائه . كما أجاز أن يعهد للقانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى .

● وفي ٢٣ سبتمبر ١٩٥١ صدر القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٥١ ، لفصل بمرافق بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس البرلمان ، ونصت مادته الأولى على أن « تقضى محكمة النقض بالفصل في صحة نيابة أعضاء مجلس الشيوخ والنواب الذين قدمت طعون في صحة نياباتهم وقُريت المادة الثانية « تقضى المحكمة بطلان الانتخاب أو الفسخين إذا توافر سبب من الأسباب التى ينص عليها الدستور أو قانون الانتخاب والى تقضى بهذا البطلان » ، ونصت المادة التاسعة على أن « تسرى أحكام هذا القانون على الطعون في الانتخابات والتعيينات التى قدمت إلى المجلسين ولم يكن قد تم الفصل فيها وقت العمل بأحكام هذا القانون » وعلى رئيسي المجلسين أن يحيلوا هذه الطعون بالحالة التى هي عليها إلى قلم كتاب محكمة النقض » .

● إلا أن دستاير ما بعد الثورة قد درجت على ترك الاختصاص بالفصل في صحة عضوية المجالس النيابية إلى هذه المجالس ذاتها (المادة ٨٩ من دستوري ١٩٥١ ، المادة ٦٢ من دستور ١٩٦٤ ، المادة ٩٣ من دستور ١٩٧١ ، ومن ثم فلم يرد واضع هذه النساير إسناد هذا الاختصاص للسلطة القضائية باعتبارها مهمة قضائية بحتة . =

● كذلك انتقد الفقه المصرى هذا النظام ، إذ رأى في تحويل المجلس النيابى إلى اختصاص القضائى ثلثاً للأوضاع الطبيعية للأمر وإعطاء الأغلبية البرلمانية صلاحاً خطيراً تستعمله عند الحاجة في إجازة انتخاب أعضائها وتستعمله أيضاً ضد نواب الأقلية ، ولأولى البرلمانيان إلا ما يفسر جهده ووقته على اختصاصه الأصيل وهو التشريع ومراقبة السلطة التنفيذية ولا يضيع وقته في مسائل في من صميم اختصاص القضاء .. ولا حظ بعض الفقهاء ، أن المجالس النيابية في مصر كثيراً ما تتراخى في الفصل في صحة نيابة الأعضاء ، فلا تصدر قراراتها إلا ما بعد سنوات ، وأشار البعض الآخر إلى أن التجارب في مصر قد كشفت بوضوح عن مساوئ، تزنى المجالس النيابية هذا الاختصاص ، فضلاً عن ضعف الخطة النظرية الخاصة بهذا الفصل بين السلطات في هذا المقام .

● انظر تفصيلاً :

- د. محمود حيد ، نظام الانتخاب في التشريع المصرى والمقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٤١ ، ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .

- د. وحيد رأفت ود. وإيت إبراهيم ، القانون الدستوري ، الطبعة المصرية القاهرة ، ١٩٣٣ ، ص ٤٥٥ .

- د. عبد الحميد مغولى ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

- د. السيد صبرى مبادى ، القانون الدستوري ، مكتبة عبد الله وهيب ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٤٤٨ .

- د. عثمان خليل عثمان ، النظام الدستوري المصرى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٢٩ .

- د. ساجد وأغب الخطر ، القضاء الإدارى ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، ص ٣٩٨ - ٤٠٣ .

● وإذا تحوزا صوب النظام المقارن لكون لنا أن الدستور الفرنسى الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ وإن كان قد نص في المادة الخامسة منه على أن يختص كل من المجلسين بالفصل في توافر شروط العضوية وصحة انتخاب أعضائه إلا أن دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ وضع حدا لهذا التقليد الدستوري وخرج على النظام السابق حين نص في المادة ٥٦ منه على تشكيل مجلس دستوري وعهد إليه في المادة ٥٩ بالفصل في المنازعات الخاصة بصحة انتخاب النواب والشيوخ ، كما نظم الفصل السادس من القانون الصادر في ٧ ترميز ١٩٥٨ إجراءات الطعون الانتخابية أمام المجلس الدستوري .

● انظر تفصيلاً :

- BURDEAU (Georges) : Droit constitutionnel et institutions Politiques, Paris, Ed. L.G.D.J., 19ed., 1980, P. 545 .

- CHATELAIN (Geau) : Le nouvelle constitution et le régime politique de la France, Paris, 2eme ed., 1959, PP : 376 et s.

● وكانت المملكة المتحدة من أسبق الدول في إسناد الفصل في الطعون الانتخابية إلى القضاء ، فقد تنازل مجلس العموم البريطاني عن اختصاصه بالفصل في الطعون الانتخابية إلى القضاء ، بموجب القانونين الصادرين في عامي ١٨٦٨ ، ١٨٧٩ بعد أن أدرك أنه يستحيل على أعضاء المجلس - ومازالت ذكريات المنافسة الانتخابية عاتقة بالأذهان - أن يتحولوا إلى قضاء يفصلون بتزاحة وحييدة في الطعون المقدمة ضد انتخاب بعضهم البعض .. أما تحقيق صحة عضوية الأعضاء الذين لم تقدم ضدهم طعون انتخابية فيقولوا ، مجلس العموم من تلقا نفسه .

قد يبادر بحسه القرمى إلى التوصية بضرورة تنظيم الإشراف القضائى على عملية الانتخابات النيابية فى كافة مراحلها ، بما يحقق رقابة جادة وفاعلية وأن يرأس القضاة كافة اللجان الانتخابية وأن استلزم ذلك إجراء الانتخابات على مراحل كما أوصى المؤتمر أيضاً بضرورة إسناد الفصل فى الطعون الانتخابية الى القضاء ^(١) .

٧- ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل أعلن القضاة مرة أخرى بعد أن أريد لهذه التوصيات ان تظل حياً على ورق وبعدمها درجت السلطة التنفيذية وأجهزة الاعلام اثنا التمهيد لإجراء انتخابات مجلس الشعب والشورى خلال الاعوام الخمسة واثنا إجرائها وبعد إعلان نتائجها على ترديد ان الانتخابات تجري تحت اشراف القضاء من خلال الجمعية العمومية لقضاء مصر التى انعقدت بتأديهم فى ١٣ نوفمبر ١٩٨٦ على رفضهم لهذا الاشراف المزعوم مطالبين بضرورة اشراف القضاء على الانتخابات اشرافاً فعلياً وحقيقياً وكاملاً ، بصعيداً عن تدخل السلطة التنفيذية والى ان يستجاب لهذا المطلب فإنهم يلحون فى إعفائهم من ذلك الإشراف الصوري ، وأصدروا بياناً جاء فيه :

« درجت السلطة التنفيذية وبعض أجهزة الإعلام بصدد الانتخابات العامة وإعلان نتائجها على ترديد أنها جرت تحت إشراف القضاة تعزيزاً للثقة فى إجراءات العملية الانتخابية نظراً لما تعرفه من إطمئنان الشعب إلى حييدة ونزاهة قضائه ورجال القضاء وإن كانوا يفخرون بهذا الإطمئنان ويحرصون على أن تحظى الانتخابات العامة بهذه الثقة .. إلا أنهم بأسفون لأن إشرافهم عليها لا يعدو أن يكون إشرافاً رمزياً بدون فاعلية ذلك لأن دورهم يقتصر على رئاسة اللجان الرئيسية واللجان العامة فى الدوائر الانتخابية ولا يتجاوز بهذه الصفة مجرد إجراء عملية الفرز وحصر

النتائج ، أما التصويت فيتم بعيداً عن رقابتهم فى اللجان الفرعية .

ومن ثم فإن رجال القضاء إنطلاقاً من رغبتهم الأكيدة فى القيام بدورهم الوطنى فى الإشراف الفعلى على الانتخابات العامة على نحو يضمن لها الحييدة المرجوة يطلبون تعديل القوانين المنظمة للانتخابات بحيث توضع العملية الانتخابية جميعها بين أيدي القضاء فيستولون رئاسة اللجنة التى تجري الانتخابات وتقوم بالفرز وتعلن النتيجة من فرعية وعامة ورئيسية ، ولا يحول دون ذلك ما قد يقال من عدم كفاية عدد رجال القضاء لتغطية هذه العملية ، إذ يمكن تفادى هذا الامر بإجراء عملية الانتخابات على مراحل فى أيام متتالية أو بضغط عدد اللجان الفرعية وهى فى الواقع أكثر من

• واستخلاصاً من هذا الاستعراض لآراء الفقه المصرى والفرنسى ، والذى اتبعناه باستقرا - لبعض النظم المقارنة ، وأخيراً باستقرا - تاريخى موجز للتجربة المصرية فى هذا الصدد بدأً بـ ١٩٢٣ وانتهاءً بـ ١٩٧٦ ، فحيننا نعتقد أن مژدى القيم الصحيح لهذا الفصل بين السلطات أن البرلمان لا يستغل بمصير أعضائه إلا بعد ثبوت صحة عضويتهم بعدم الطعن فيها أو برفض الطعن ، فهنا يثبت نسب العضو للمجلس ، وتندو لهذا الأخير دون غيره الكلمة فى مصير أعضائه ومستقبلهم به ، أما عند الطعن فى صحة انتخاب النائب فإن البحث يقتصر على مرحلة سابقة على ثبوت العضوية البرلمانية ، وحرمان القضاء من نظر الطعون فى صحة الانتخاب وإسناد هذا الاختصاص للمجالس النيابية ذاتها ، إذا بشكل خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات ، لأن هذه الطعون ذات طبيعة قضائية ، ولا تعدو أن تكون دعوى بين الأفراد تقلل منازعة من جانب بعضهم ضد البعض الآخر فى شأن صحة تطبيق القانون على العملية الانتخابية ، مما يجب أن يبعد بالفصل فيها إلى السلطة القضائية .

- أنظر : د. السيد صبرى : « آراء فى الحياة النيابية » ، القاهرة ، ١٩٥٥ ص ٤٤٩ .

• ويرى المستشار الدكتور على محمد عبد الفتاح أن يكون الاختصاص بالفصل فى هذه الطعون معقوداً للقضاء وحده ، لكنه يعتقد أن تكوين المجالس النيابية وطريقة انتخاب أعضائها بما جزء من القانون الدستوري فى الدولة ، ومن ثم فإن من الطبيعى أن تكون محكمة القضاء الإدارى أو المحكمة الدستورية العليا فى الجهة المختصة بالفصل فى مسأله . - أنظر : د. على محمد عبد الفتاح : المقات السابق ، ص ١٧٦ - ١٨٧ (١) أنظر المراتب الأساسية لمؤثر العمالة الأولى المراتب الأساسية (٢) وثائق المجلسين الاقتصادي والمجتمعي ، وثائق وأبحاث مؤتمر العمالة الأولى ، الذى دعا إليه نادى قضاة مصر ، ومقد بداره بالقاهرة ، خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ أبريل ١٩٨٦ ، ص ٤٦ .

١- وفى هذا العدد فإننا نتصور أن على مجلس القضاء الأعلى ومن خلال لجنة يحشد لها الصفوة من المتخصصين أيضاً أن يتدارس النظام الحالى للانتخابات فى مصر برمته .

ونأمل لو شمل هذا التدارس نظرة تفصيلية لعضوية هيئة الناخبين وشروطها الشكلية والموضوعية والأساليب المختلفة للتصويت ، وكيفية سير عملية التصويت بما تتضمنها من ضرورة احترام مبدأ حرية التصويت ومبدأ سرية التصويت ومبدأ سلامة التصويت ودور المرشحين فى العملية الانتخابية ودور الإدارة فى تسيير العملية الانتخابية ابتداء من اضطلاعها بالاشراف عليها حتى فرز الاصوات وعلان النتائج .

ولابد لهذه النظرة التفصيلية ان تتعرض لمواطن الخلل والقصور فى العملية الانتخابية وأهمها تزييف إرادة الناخبين واقتراح الحلول لتفاديها من أجل حييدة ونزاهة هذه العملية بكاملها وبما يكفل التمثيل الصحيح والمعبر عن إرادة الناخبين .

ونأمل من المجلس أيضاً فى هذا الصدد ان يفرج من هذه الدراسة المرتقة بإعداد مشروع قانون يعرضه على الجهات المعنية من خلال القنوات الشرعية يتيح تعديل القوانين المنظمة للعملية الانتخابية بحيث يجعل اشراف القضاء على الانتخابات اشرافاً فعلياً وحقيقياً وفعالاً وكاملاً ..

وعلى المجلس من خلال هذه الدراسة أن يتصدى بالرائى أيضاً لمسألة الفصل فى الطعون الانتخابية باعتبارها مهمة قضائية بحتة لا بد وان يكون القضاء مختصاً بالقول الفصل فيها .

ولا يغرب عن البال اعترافنا سلفاً بأننا من خلال هذا التصور نضيف أعباد ثقلاً وجساماً على القضاء فوق أعبائه لنا بنفس القدر يجب ألا ننسى أن القضاء فى كل أمة هو عقلها وبصرها ولسانها لإقرار الحقيقة وتحقيق العدالة .

(1) BARTHELEMY (Joselt) et DUEZ (Paul) : Traite de droit Constitutionnel, Ed., Dalloz, pans, 1933, P. 432

(٢) د. عبد الحميد متولى : معاضرات عن مشكلة إصلاح نظام الانتخابات فى مصر ، مرجع سابق ، ص ٢ - ٤ .

اللازم حالياً هذا فضلاً عما يستتبعه الضمان القضائى من وجوب أن تكون الهيئة المشرفة على الانتخابات هيئة قضائية بحتة بعيدة كل البعد عن السلطة التنفيذية وأن يكون الفصل فى الطعون الانتخابية موكولاً الى المحاكم دون غيرها وباعتبارها من الدعاوى العادية سواء بالنسبة لكيفية رفعها أو الحكم فيها أو سقوطها بالتقادم ، وإلى أن يستجاب لهذا المطلب فإن القضاء يلحون فى إعفانهم من ذلك الاشراف الرمزى فيما أن توكل العملية الانتخابية اليهم كاملة وهم اهل لها وإما أن يعفوا منها برمتها ونسبة نتائجها اليهم أياً كانت وتكلف الجمعية العمومية مجلس ادارة النادى بابلأغ هذا البيان الى جميع الجهات المعنية » .

٨- واستخلاصاً مما تقدم وجساعاً له فإننا نعود فنؤكد ان النظام الانتخابى هو عادة وليد النظام الدستورى السائد فى عهده ويستمد روحه من أسسه وقواعده وهذا مما يمكن ادراكه فى سهولة ويسر من استقراءنا تاريخ مصر الدستورى .

ونعود أيضاً لنؤكد أن إصلاح نظام الانتخابات هو الحجر الأساسى فى بنیان حركة الإصلاح السياسى وقد وصفه العلامة الفرنسى « بالرتلى » ^(١) بأنه إصلاح الإصلاحات C'est la réforme des réformes كما ان المسائى والمفاسد التى تشوب جو الانتخابات النيابية يمكن ان تقضى على النظام البرلمانى وتحفر له قبره . ^(٢)

٩- وقد أن الأوان بعد أن خطت الديمقراطية فى مصر بواكير خطواتها باجتيازها مرحلة التنظيم السياسى القائم على الحزب الواحد الى مرحلة النظام الديمقراطى السياسى القائم على تعدد الاحزاب وهو تصحيح محمود من وجهة النظر الديمقراطية السائدة فى عالم اليوم لما ينطوى عليه من إثراء للعمل الوطنى باختلاف وجهات النظر وتعدد وتباين الرؤى أن الأوان لتعديل نظام الانتخابات برمته من أجل خطو حثيث يتعطش شعبنا إليه لاستكمال مسيرة الديمقراطية التى لا مفر منها لأمة تنشذ الاستقرار والتنمية ولينبها الرفعة والتقدم .

قانون التحكيم الجديد

الأستاذ / عثمان حسين
نائب رئيس محكمة النقض
(الأسبق)

١ - صدر في ١٨ أبريل سنة ١٩٩٤ قانون جديد برقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، ونشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٦ الصادر بتاريخ ٢١ أبريل سنة ١٩٩٤ . وينص هذا القانون فى المادة الرابعة من مواد اصداره على أن يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره ، ومؤدى ذلك أنه قد أصبح سارياً اعتباراً من ٢٢ مايو سنة ١٩٩٤ .

٢ - وحسناً فعل المشرع المصرى إذ عمد إلى تنظيم التحكيم - وخاصة التحكيم التجارى - بهذا القانون الذى استقى أحكامه واستهدى فيها بالأنظمة التشريعية الحديثة للتحكيم التجارى ، وبصفة خاصة بالأحكام التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية فى سنة ١٩٧٦ Arbitration Rules of the U. N Commission on International Trade Law (UNCITRAL) .

فقد أصبح للتحكيم دوره الهام والمحورى فى دفع عجلة التجارة والتنمية وتشجيع الإستثمارات ، وسوف يكون لهذا القانون الجديد أثره فى حركة التشريع العربى والأجنبى .

وهذا القانون الذى طال انتظاره ، يلقى المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) وهى المواد التى كانت تنظم للتحكيم وكانت مواد محدودة ومعيبة . وتسرى أحكام القانون الجديد على كل تحكيم يجرى فى مصر ، سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص ، وعلى كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى الخارج إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون .

٣ - ويشتمل هذا القانون - عدا مواد الاصدار - على ثمانية وخمسين مادة (٥٨ مادة) فى سبعة أبواب : -

الباب الأول : أحكام عامة .

الباب الثانى : بشأن اتفاق التحكيم .

الباب الثالث : بشأن هيئة التحكيم .

الباب الرابع : بشأن اجراءات التحكيم .

الباب الخامس : بشأن حكم التحكيم وانتهاء الإجراءات .

الباب السادس : بشأن بطلان حكم التحكيم .

الباب السابع : بشأن حجية أحكام المحكمين وتنفيذها

٤ - ولهذا القانون ولا شك ايجابياته ومزاياه . ويرجع الفضل فى ذلك للجنة - أو اللجان - التى توافرت على إعداد مشروعه وصياغته . وهى لجان شارك فيها - فيما أعلم - جمع كبير من أساتذة القانون التجارى ومن أساتذة التشريع ، توافروا على ذلك العمل مدة طويلة .

وإذا كنا سوف نخصص الفقرات التالية لبعض الملاحظات أو التساؤلات فإن ذلك لا يقلل من أهمية هذا القانون وجدواه ، وما بذل فى وضعه وصوغه من جهد ، ولا ينقص من قدر ايجابياته ومزاياه .

٥ - وأول ما يلاحظ أن هذا القانون ليست له مذكرة إيضاحية . وأعنى بذلك مذكرة إيضاحية علمية اضافية منشورة ومعتمدة رسمياً . ولئن كان هذا هو ما جرى عليه العمل فى مصر خلال عشرات السنين الماضية بشأن التشريعات عامة ، وهو خطأ جسيم ولا شك ، فإن هذا النقص أو الخطأ يندو أشد جسامه إذ يتعلق بقانون شديد الأهمية مثل هذا القانون الذى ينظم التحكيم فى وقت تتزايد فيه أهمية حسم المنازعات (وخاصة المنازعات التجارية وقضايا الاستثمارات) عن طريق التحكيم ، تفادياً للتعقيد والبطء فى اجراءات التقاضى ، ومن هنا تبدو ضرورة إعداد ونشر مذكرة إيضاحية واقية شاملة لأحكام هذا القانون .

٦ - ولقد كنا اقترحنا منذ سنوات أن يعد مجلس القضاة الأعلى - أو وزارة العدل - جدولاً للمحكّمين يشتمل على أسماء وبيانات وتخصصات من يتقدم للقيّد به من رجال القضاء السابقين ، وذلك بقصد إرشاد المتنازعين إلى اختيار رئيس لهيئة التحكيم أو عضو فيها أو محكم فرد وذلك من بين الأسماء المدرجة في هذا الجدول وفضلنا هذا الاقتراح .

ويبدو أن القانون وإن لم يتبن هذا الاقتراح كاملاً ، إلا أنه نص في المادة الثانية من مواد الإصدار على أن (يضع وزير العدل قوائم المحكمين الذين يجري الاختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة ١٧ من هذا القانون) .

وبالرجوع إلى المادة ١٧ نجد أنها تتعلق باختيار الطرفين المتنازعين للمحكّمين ، واختيار المحكمة للمحكّمين في حالة عدم قسّام الطرفين بذلك . ولم تنص هذه المادة على (قوائم المحكمين) . فما طبيعته القوائم التي نصت المادة الثانية على أن يجري الاختيار منها ؟ .

أولاً : هل تتعلق هذه القوائم - فحسب - بالمحكّمين الذين تختارهم المحكمة ، أم تتعلق كذلك بالمحكّمين الذين يختارهم طرفا التحكيم ؟ أن التفسير الأخير ينبغي استبعاده ، إذ يقوم التحكيم على حرية الطرفين في اختيار محكميهم .

وثانياً : هل الاختيار من بين الأسماء المدرجة بهذه القوائم ملزم للمحكمة بحيث لا يجوز لها أن تختار المحكمين من غير هذه الأسماء ؟ .

وثالثاً : يبدو أن الربط في هذه المسألة الهامة بين نص المادة الثانية من مواد الإصدار وبين أحكام المادة ١٧ من القانون بفقراتها العديدة ، لم يلق من المشرع العناية الكافية بالقدر الذي لقيته نصوص القانون الأخرى .

وبالعبارة : وعلى وجه العموم فإنه لما كان التحكيم نوعاً من القضاء ينظر النزاع ويلتزم في نظره إجراءات معينة ويطبق القانون ، ويصدر أحكاماً ملزمة ، فإنه ينبغي أن يكون رئيس هيئة التحكيم من رجال القانون ، والأفضل أن يكون من رجال القضاء السابقين الذين يتاح لهم الوقت الكافي لنظر قضايا التحكيم ، إلى جانب ما يتوافر لهم من الخبرة العلمية والعملية ، اللازمة لنظر النزاع ووزن الأدلة وتحقيقتها ، ثم الفصل فيه وكتابة الحكم بما يتفق مع نص القانون وفن القضاء .

٧ - المادة ١٩ من القانون تجهز لطالب رد المحكم أن يطعن أمام المحكمة في الحكم الصادر برفض طلبه . ولا يترتب على هذا الطعن وقف إجراءات التحكيم ، ولكن إذا قضت المحكمة برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما تم من إجراءات كأن لم يكن ، بما في ذلك حكم المحكم في موضوع التحكيم .

ويؤخذ على هذا النص أنه لم يحدد للمحكمة ميّعاداً لنظر الطعن في الحكم الصادر برفض طلب الرد ، ولم يوجب عليها الفصل في هذا الطعن على وجه السرعة . ويتربط على التراخي في نظر الطعن المذكور والفصل فيه ، مع عدم وقف إجراءات التحكيم ، أن قد يمضي ميّعاد الاثنى عشر شهراً المحدد قانوناً لإصدار الحكم المنهى للتحكيم ، قبل أن تصدر المحكمة حكمها في مسألة رد المحكم ! وكان جديراً بالمشرع أن يحدد للفصل في الطعن في حكم الرد أجلاً قصيراً توقف إجراءات التحكيم خلاله .

وهذه مسألة هامة لم يتنبه لها المشرع في حين حرص على تحديد آجال محددة في نواح أخرى كما ورد بالمواد ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٧ من القانون ذاته .

حكم التحكيم ، وكان البطء والتراخي في نظر هذا الطعن واصدار الحكم بشأنه على النحو الملحوظ في قضايا الطعن بالنقض في الدعاوى المدنية والتجارية ، من شأنه أن يذهب بميزة السرعة التي يتوخاها المحكّمون . ولما كان تحديد ميعاد لمبت ليس ليس غريباً على قانون التحكيم الجديد ذاته ، فقد حدد هذا القانون ميعاداً لذلك في حالات أخرى مثل اصدار قرار لتفسير حكم التحكيم (مادة ٤٩) واصدار قرار بتصحيح هذا الحكم (مادة ٥٠) واصدار حكم تحكيم اضافي (مادة ٥١) واصدار قرار بوقف تنفيذ حكم التحكيم (مادة ٥٧) . لذلك فقد كان جديراً بالمشرع أن يحدد للمحكمة ميعاداً لا تتجاوزه (ستة أشهر مثلاً من رفع دعوى البطلان) تصدر خلاله حكمها في الطعن بالبطلان . وذلك سواء كانت قد أوقفت التنفيذ أو لم تكن قد فعلت . خاصة وهو بطبيعته طعن استثنائي وكثيراً ما يكون كيدياً .

والحاجة إلى سرعة الفصل في الطعن بالبطلان لا تقتصر على الحالة التي يكون التنفيذ فيها موقوفاً ، بل أن الحاجة إلى هذه السرعة ، قائمة في كل الأحوال ، حتى تستقر المراكز القانونية وحتى يتفادى الناس في التحكيم البطء وطول الانتظار الذي تنسم به الإجراءات القضائية العادية .

والى جانب ما تقدم فقد كان من الأوفق أن ينص القانون صراحة (في فقرة أخيرة من المادة ٥٤ مثلاً) على أن الحكم الصادر في دعوى البطلان لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن . ولا يقال في هذا الصدد أن نص المادة ٥٢ من القانون كاف . ذلك أن هذا النص الأخير يتحدث عن (أحكام التحكيم) وأنها لا تقبل الطعن إلا بطريق رفع دعوى البطلان ، واصطلاح (حكم التحكيم) في القانون لا يشمل (الحكم الذي يصدر في دعوى بطلان حكم التحكيم) .

٨ - المادة ٥٤ من القانون تنص على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ترفع خلال مدة تسعين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكّم عليه .

ويلاحظ على هذا النص أن ميعاد التسعين يوماً ميعاد أطول من اللازم وهو يبدو أطول من أي ميعاد حدده قانون المرافعات للطعن في أحكام القضاء في الظروف العادية . ومثل هذا الميعاد الطويل لا يتفق مع السرعة التي يتوخاها المتنازعون الذين يلجأون إلى التحكيم ، هروباً من إجراءات التقاضي أمام المحاكم التي تستغرق أوقاتاً طويلة . ويزيد من عدم ملائمة هذا الميعاد أنه لا يبدأ إلا من تاريخ إعلان حكم التحكيم وقد يتطلب اتمام الاعلان وقتاً طويلاً وخاصة في المنازعات التجارية الدولية ، وكان الأنسب أن يبدأ الميعاد من تاريخ صدور التحكيم .

ولا يخفى أن من أسباب عدم ملائمة هذا الميعاد الطويل المتراخي أنه لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم طالما لم ينقض الميعاد المذكور المحدد للطعن في هذا الحكم بالبطلان (مادة ٥٨ من القانون) .

ويبدو أن واضعي مشروع القانون تأثروا بأن قانون المرافعات لم يكن يحدد لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم ميعاداً معيناً ، على أن هذا الخطأ الجسيم الذي كان ماثلاً في نصوص التحكيم بقانون المرافعات ما كان يبرر تحديد ميعاد طويل للطعن بالبطلان في حكم التحكيم على النحو الذي ورد بالقانون الجديد .

٩ - الباب السادس الخاص ببطلان حكم التحكيم لم يحدد ميعاداً للفصل في دعوى البطلان .

أن الاطراف يلجأون إلى التحكيم توخياً للسرعة في حسم خلافاتهم ، وانطلاقاً من ذلك فقد حدد القانون لهيئة التحكيم مدة (اثني عشر شهراً) تصدر خلالها الحكم النهائي للخصومة كلها . لما كان ذلك وكانت مراكز الخصوم لا تستقر طالما قامت دعوى بالطعن ببطلان

١٠ - تقضى المادة ٥٨ من قانون التحكيم بأنه (لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى) .
وفى الوقت ذاته تنص المادة ٥٧ من القانون ذاته على أنه (لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم . ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ) .
ومقتضى النص الأول (مادة ٥٨) أن حكم التحكيم يمتنع تنفيذه طالما لم قض تسمعون يوماً على إعلانه . فإذا انقضى هذا الميعاد ، دون رفع دعوى ببطلان الحكم ، فيجوز تنفيذه . أما إذا رفعت دعوى البطلان فى خلال ذلك الميعاد ، فليس مقبولاً أن يظل حكم النص على اطلاقه بحيث يتعين على المحكوم له أن ينظر فلا ينفذ الحكم إلا بعد انقضاء التسعين يوماً ، وإنما المقبول أن يقال لئن المحكوم عليه قد استنفذ الغرض من هذا الميعاد بأن أقام الطعن بالبطلان فى خلاله ، ومن ثم يحق للمحكوم له أن ينفذ حكم التحكيم حيث لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذه (مادة ٥٧) وذلك ما لم تأمر المحكمة بوقف التنفيذ .

١١ - هذه بعض ملاحظاتنا على قانون التحكيم المصرى الجديد . وقد يكشف التطبيق ، والدراسة ، فى المستقبل ، عن المزيد . على أنه أياً كانت هذه الملاحظات فإنها لا تقلل من أهمية هذا القانون وجدواه ومن تقديرنا للجهود التى بذلت لاعداة وصوغه . ونرجو أن تراكب المحاكم الروح التى أملت إصدار هذا القانون فتتوخى السرعة فى نظر كل من ناطه بها هذا القانون عما يتعلق بالتحكيم التجارى .

١٢ - هذه بعض ملاحظاتنا على قانون التحكيم المصرى الجديد . وقد يكشف التطبيق ، والدراسة ، فى المستقبل ، عن المزيد . على أنه أياً كانت هذه الملاحظات فإنها لا تقلل من أهمية هذا القانون وجدواه ومن تقديرنا للجهود التى بذلت لاعداة وصوغه . ونرجو أن تراكب المحاكم الروح التى أملت إصدار هذا القانون فتتوخى السرعة فى نظر كل من ناطه بها هذا القانون عما يتعلق بالتحكيم التجارى .

ولو صيغ النصان المذكوران على نحو يربط بينهما لكان أوضع .

١١ - المصروفات والأتعاب :

لم يتسع قانون التحكيم الجديد - وهو فى نحو ستين مادة - للكلام عن مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين ، والمادة ٣/٤٣ التى عنيت بذكر ما يجب أن يشمل عليه حكم التحكيم ، أغفلت تماماً الإشارة إلى وجوب اشتغال هذا الحكم على المصروفات .

فكيف تتحدد مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين فى الأحوال التى لا يكون التحكيم فيها ضمن منظمة أو مركز دائم للتحكيم يطبق نظاماً للمصروفات الإدارية والأتعاب ؟ .

ليس على القاضى فى خطئه ..

إذا أخلص النية .. تعقيب .. فهو

بشر قبل كل شيء ، إنما عليه

الماخذ تأخذه بالنواصي

والإقدام ، إذا أنزلق فى مزالق

الهوى ، وأحاطت بعنقه

الشبهات ..

الإمام محمد عبده

**حق المدعى بالحقوق
المدنية فى الاختيار بين
الالتجاء إلى القضاء
الجنائى أو القضاء المدنى**

**الأستاذ / محمد عبد الحميد الألفى
المحامى
دراسات عليا فى القانون الخاص والقانون
الدولى والقانون الجنائى**

مقدمة

١- الأصل أن يختص القضاء المدني بالدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة إلا أن المشرع الجنائي أجاز استثناءاً للدعوى بالحقوق المدنية أن يرفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية باختصاص استثنائي^(١) لذلك لا تقبل هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي إذا كان يرتب عليها تأخير الفصل في الدعوى الجنائية^(٢).

٢- وتمثل مظاهر تبعية الدعوى المدنية التبعية التي يرفعها من لحقه ضرر مباشر من الجريمة أمام القضاء الجنائي للدعوى الجنائية في الآتي :

١- يتبع الفصل في الدعوى المدنية التي ترفع أمام القضاء الجنائي الإجراءات المقررة لقانون الإجراءات الجنائية^(٣).

٢- كل حكم يصدر في موضوع الدعوة الجنائية يجب أن يفصل في التعويضات التي يطلبها المدعى بالحقوق المدنية أو التهم ، وذلك ما لم ترى المحكمة أن الفصل في هذه التعويضات يستلزم إجراء تحقيق خاص ينهى عليه أرجاء الفصل في الدعوى الجنائية ، فعندئذ تحيل المحكمة الدعوى المدنية إلى القضاء المدني بلا مصاريف^(٤) . فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تفصل أولاً بحكم في موضوع الدعوى المدنية ثم تفصل بحكم لاحق في موضوع الدعوى الجنائية فإن هي فعلت ذلك كان الحكم الصادر في موضوع الدعوى المدنية باطلاً .

أما إذا فصلت المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى المدنية وأغلقت الفصل في موضوع الدعوى المدنية التبعية فإنه يكون لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة الخصوم أمام المحكمة الجنائية التي أصدرت الحكم للنظر في موضوع الدعوى المدنية التبعية والحكم فيه وذلك إعمالاً للمادة ١٩٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية . (٥)

٣- الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية أو بعدم جواز نظرها يرتب عليه وجوب الحكم بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي^(٥)

٣ - وبالرغم من تبعية الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء الجنائي للدعوى الجنائية ، فقد خصها المشرع بأحكام خاصة تتفق مع طبيعتها فإذا كان يتبع الفصل فيها الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات الجنائية إلا أن هذه الإجراءات خاصة بها ولا تتبع في الفصل في الدعوى الجنائية .

وتستمتع الدعوى الجنائية التبعية ببعض مظاهر الاستقلال عن الدعوى الجنائية تتمثل في الآتي :

١- تنقضي الدعوى المدنية بمضي المدة المقررة في القانون المدني ومع ذلك لا تنقضي بالتقادم الدعوى المدنية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية^(٦) . (٧)

(١) د. مأمون محمد سلامة . الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - الجزء الأول دار الفكر العربي / ١٩٨٨ ص ٣٨٩ . د. محمدرزق نجيب حسني . شرح قانون الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية . ط ٢ / ١٩٨٨ ص ٢٨٥ و ٢٨٩ . نقض جنائي ١٩٨٨/١/٥ في الطعن رقم ٥٧٢٦ لسنة ٥٨ ق . للمحاماة . ج ٥ و ٦ ص ٢١ و ٢٢ .

(٢) الفقرة الرابعة من المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٣) المادة ٢٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٤) المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٥) نقض جنائي ١٩٨٥/٥/٢٢ بمجموعة أحكام النقض من ٢٥ رقم ١١٦ ص ٥٧١ . نقض جنائي ١٩٨٥/٥/١٣ في الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٥٦ ق بمجموعة مبادئ النقض في المسؤولية المدنية للمستشار أحمد هبة ، الكتاب السنوي . ط ١٩٩١/١ رقم ٨٩٨ ص ٥٦ نقض جنائي ١٩٨٨/٩/٢٧ في الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق . نقض جنائي ١٩٨٩/٤/٩ في الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق للمحاماة ج ٥ و ٦ ص ٢٢ .

(٦) نقض جنائي ١٩٨٥/١/٢٧ بمجموعة أحكام النقض . من ٣٦ رقم ٢١ ص ١٥٩ . نقض جنائي ١٩٨٥/١/٢٩ في الطعن رقم ٣٦ رقم ٢٧ لسنة ١٩٨٩ . نقض جنائي ١٩٨٥/٢/٢٣ في الطعن رقم ٣٦ رقم ٢٢١ لسنة ١٩٨٨ .

(٧) الفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٨) أضافت المادة ٤ من القانونين ١٩٩٢/٩٧ جرائم الارهاب إلى الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية .

٢- إذا انقضت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها .^(٨)

٣- إذا طعن في الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية دون الحكم الصادر في الدعوى الجنائية فإن الدعوى المدنية التبعية تأخذ طريقها أمام المحكمة الجنائية المختصة بنظر الطعن على الرغم من عدم الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية .

٤- وحينما أجاز المشرع للمدعي بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي فإنه لم يسلبه حقه في رفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني غير أن حرية المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى أي من القضائين ليست مطلقة بل مقيدة بكون اختصاص القضاء الجنائي بنظر الدعوى المدنية التبعية اختصاصاً استثنائياً .

ولذلك فقد أورد المشرع قيوداً على حرية المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي إذا كان قد اختار الالتجاء إلى القضاء الجنائي ومضمون هذا القيد هو سقوط حق المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي^(٩) ولذلك أيضاً أعطى المشرع للمدعي بالحقوق المدنية في أن يترك دعواه أمام القضاء الجنائي في أية حالة كانت عليها^(١٠) ويقبضها أمام القضاء المدني ما لم يكن قد صرح بترك الحق المرفوع به الدعوى .^(١١)

المبحث الأول

ثبوت حق المدعي بالحقوق المدنية في الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني

٥- يشهد للمدعي بالحقوق المدنية حق الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني إذا كان في إمكانه رفع دعواه المدنية أمام أي منهما ، فإذا لم يكن في إمكانه رفعها أمام القضاء الجنائي

فلا يشهد له هذا الحق^(١٢) وعليه لا يشهد للمدعي بالحقوق المدنية حق الاختيار في الحالات الآتية :

١- إذا كانت سلطة التحقيق لم ترفع الدعوى الجنائية ولم يكن في إمكانه رفعها بطريق الإدعاء المباشر ويذهب بعض الفقه إلى أنه يكفي لشبهت حق الاختيار للمدعي بالحقوق المدنية أن تكون الدعوى الجنائية قد حركت من سلطة التحقيق .^(١٣)

٢- إذا كانت المحكمة الجنائية المرفوعة إليها الدعوى الجنائية ليست لها ولاية الفصل في الدعوى المدنية التبعية لعدم جواز الادعاء المدني أمامها .

والمحاکم الجنائية التي لها ولاية الفصل في الدعوى المدنية التبعية هي محكمة الجنب والمخالفات ومحكمة الجنائيات ويجوز الإدعاء المدني أمام أي منهما في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى اقفال باب المرافعة ، ولا يجوز الادعاء المدني لأول مرة أمام محاكم الجنب المستأنفة^(١٤) وإنما يستأنف أمامها الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية من محكمة الجنب والمخالفات إذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذي يحكم فيه القاضي الجزئي نهائياً^(١٥) .

وإذا انقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه وأعادت القضية إلى محكمة الموضوع لإعادة الفصل فيها فإنه يجوز الإدعاء المدني لأول مرة أمام هذه المحكمة .

(٨) الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٩) د. مأمون سلامة . المرجع السابق ، ص ٣٩٠ .

(١٠) الفقرة الأولى من المادة ٢٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية .

(١١) المادة ٢٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية .

(١٢) د. مأمون سلامة . المرجع السابق ، ص ٣٩٠ و٣٩١ . د. أحمد نصحي سرور .

الوسيط في قوانين الإجراءات الجنائية . المجلد الأول . ط ١٩٨١/٤ ص ٣٠٩ .

(١٣) د. نصحي سرور . المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

(١٤) الفقرة الأولى من المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية .

(١٥) المادة ٤٠٣ من قانون الإجراءات الجنائية .

المبحث الثاني

سقوط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء الى القضاء الجنائي

٦- يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء الى القضاء الجنائي ، ولا يكون له إلا الحق في الالتجاء الى القضاء المدني ، إذا توافرت الشروط الآتية :

- ١- أن يكون قد رفع دعواه المدنية الأصلية إلى القضاء المدني الوطني بإجراءات صحيحة لم يشبها بطلان يحول دون اتصال المحكمة بها ، لذلك لا يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي إذا رفع دعواه المدنية أمام محكمة أجنبية (٢٦)
- ولا يسقط حقه إذا حكمت المحكمة المدنية الوطنية بعدم قبول دعواه أو بطلان صحيفتها . (٢٧)

(١٦) د. فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٢١ ، د. نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ ، نقض جنائي ١٩٤٨/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ١٣٦ ص ٦٠٢ ، نقض جنائي ١٩٩٤/١٠/٥ مجموعة أحكام النقض ، ص ١١٠ رقم ٥٥٩ ، نقض جنائي ١٩٨٥/٦/١٣ رقم ٣٦ ص ٦٥ رقم ٢٨٣ .

(١٧) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩ ، فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ١٢٢٥ .

(١٨) نقض جنائي ١٩٨٤/١/٥ في الطعن رقم ٥٩٩٢ لسنة ٥٥٣ ، مرسوعة مبادئ النقض في المسؤولية المدنية للمستشار أحمد حبه ، الكتاب الثاني ص ١٦٠ رقم ٩٠٢ ، ص ٥٨ ، نقض جنائي ١٩٨٧/١/٢٩ ، الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٥ الخامسة ع ٤٠٣ ص ٦٦ رقم ٢٤ .

(١٩) المادة ١١ من قانون حالة الطوارئ ، رقم ١٩٥٨/١٦٧ .

(٢٠) المادة ٣٧ من قانون الأحداث رقم ١٩٧٤/٣١ .

(٢١) المادة ٤٩ من قانون الأحكام العسكرية رقم ١٩٦٦/٢٥ .

(٢٢) الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة الدائمة رقم ١٩٨٠/١٠٥ .

(٢٣) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٧٨ ، فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

(٢٤) د. فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢ ، د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٧٩ .

(٢٥) نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض ، ص ٣٦ رقم ٧٦ ص ٤٥ ، حيث قضى بعدم قبول الدعوى المباشرة التي يرفعها المدعى بالحقوق المدنية أمام محكمة أمن الدولة الجزئية الدائمة .

(٢٦) د. فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

(٢٧) د. نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣ .

وذلك لأنها تنقيد بحدود الدعوى كما طرحت عليها للمرة الأولى (١٦) ولا يجوز الادعاء المدني لأول مرة أثناء نظر المعارضة في حكم محكمة أول درجة بناء على طعن المتهم باعتبار أن محكمة المعارضة تنظر الدعوى التي تم الفصل فيها بالحكم الغيابي ، فالدعوى التي يعاد نظرها هي التي تم الفصل فيها بالحكم الغيابي فضلاً عن أن قبول الادعاء المدني في المعارضة يضر بالمتهم والقاعدة أن لا يضار طاعن بظنه (١٧) ، وإن كان قضاء محكمة النقض مستقر على جواز ذلك . (١٨)

ولا يجوز الادعاء المدني أمام المحاكم الاستثنائية كمحاكم أمن الدولة طوارئ (١٩) ولا يجوز الادعاء المدني أمام المحاكم الخاصة كمحاكم الأحداث (٢٠) والمحاكم العسكرية (٢١) ومحاكم أمن الدولة الدائمة (٢٢) ففي الأحوال التي ترفع فيها الدعوى الجنائية أمام محكمة استثنائية أو محكمة خاصة لا يكون أمام المدعى بالحقوق المدنية إلا الالتجاء إلى القضاء المدني . (٢٣)

وإذا رفعت الدعوى المدنية التبعية إلى محكمة جنائية استثنائية أو محكمة خاصة تجب للدعوى الجنائية بغير طريق الادعاء المباشر فإنه يجب على هذه المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها بالفصل في الدعوى المدنية لا بعدم قبولها (٢٤) أما إذا رفعت بطريق الادعاء المباشر فإنه يجب عليها أن تقضي بعدم قبولها المباشر « الدعويتين الجنائية والمدنية » . (٢٥)

٣- إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت بوفاء المتهم أو التقادم أو الغفر العام أو التصالح أو الحكم بالبراءة ، أو صدر فيها قرار بأن لا وجه لإقامتها أو أمر جنائي قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدني .

فإذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت لأي سبب من أسباب الانقضاء قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدني ، فإنه لا يكون أمام المدعى بالحقوق المدنية إلا الالتجاء إلى القضاء المدني .

ويذهب بعض الفقه إلى أنه يجب حتى يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي ، أن يكون قد رفع دعواه أمام القضاء المدني مع علمه برفع الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي (٢٤) .

ويذهب البعض الآخر من الفقه إلى أنه يجب حتى يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي أن يعلم قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدني أن سبب دعواه له تكييف جنائي ، أما إذا كان جاهلاً هذا التكييف معتقداً أن الواقعة لا تنشأ عنها إلا دعوى مدنية فإن رفعه دعواه أمام القضاء المدني لا يسقط حقه في الالتجاء إلى القضاء الجنائي . (٢٥)

وقد ذهب محكمة النقض يؤيدها في ذلك بعض الفقه إلى أنه إذا كان المدعى بالحقوق المدنية يملك الحق في رفع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر ، ولكنه لم يستعمل هذا الحق بل قام برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني فإنه لا يجوز له رفعها للقضاء الجنائي مع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر بعد ذلك ، لكن يجوز له الادعاء المدني أمام القضاء الجنائي إذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت من النيابة العامة . (٢٦)

ويذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن المدعى بالحقوق المدنية لا يجوز له الادعاء المدني أمام القضاء الجنائي لسقوط حقه في الالتجاء إليه إذا كان يستطيع رفع دعواه المدنية مع الدعوى الجنائية بطريق الادعاء

ولا يسقط حقه إلا إذا كان التجائه إلى القضاء المدني بطريق الدعوى الأصلية أما إذا كان قد التجأ إلى القضاء المدني بطريق الدفع أو الدعوى القرعية فلا يسقط حقه . (٢٨)

ولا يسقط حقه إذا حكمت المحكمة المدنية باعتبار دعواه كأن لم تكن (٢٩) ، أما إذا رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة فإنه يسقط حقه باعتبار إنها تلتزم بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية وتلتزم المحكمة المحالة إليها الدعوى بنظرها . (٣٠)

٢- أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت أمام القضاء الجنائي قبل رفع المدعى بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدني : فلا يسقط حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي إذا كان قد رفع دعواه أمام القضاء المدني ولم تكن الدعوى الجنائية قد رفعت فعلاً إلى القضاء الجنائي . (٣١)

ويذهب بعض الفقه إلى أن حق المدعى بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي يسقط إذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت قبل أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني ولا يشترط أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت فعلاً أمام القضاء الجنائي . (٣٢)

ولا يشترط علم المدعى بالحقوق المدنية برفع الدعوى الجنائية قبل قيامه برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني حتى يسقط حقه في الالتجاء إلى القضاء الجنائي ، لأن السقوط جزاء إجرائي لا يتوقف على علمه . (٣٣) فالمدعى بالحقوق المدنية عليه قبل رفع دعواه أمام القضاء المدني إذا توافرت لديه الرغبة في رفعها أمام القضاء الجنائي أن يخبر حقيقة ما تم إتخاذ من إجراءات بصدد الدعوى الجنائية وما إذا كانت قد رفعت فعلاً إلى القضاء أم لا ، فإن هو أھمل في ذلك فعليه تبعاً إھماله .

(٢٨) د. فتحي سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٢ .

(٢٩) د. نجيب حسني ، المرجع السابق . ص ٢٩٣ .

(٣٠) المادة ١١٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٣١) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣٢) د. فتحي سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٣ .

(٣٣) د. فتحي سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٤ و ٣١٥ .

(٣٤) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٣٩٦ .

(٣٥) د. نجيب حسني ، المرجع السابق . ص ٢٩٤ و ٢٩٥ .

(٣٦) تنض جنائي ١٩٥٥/١/٨ مجبوعة أحكام النقض ص ٦ رقم ٣٢٠ من

١٩٩١ . د. مأمون سلامة . المرجع السابق ص ٣٩٧ و ٣٩٨ . د. نجيب

حسني ، المرجع السابق ص ٢٩٦ .

المباشر إلا أنه رفعها أمام القضاء المدني إذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت بطريق الادعاء المباشر من مدع آخر بالحقوق المدنية. (٣٧)

ويذهب البعض الثالث من الفقه إلى أن حق المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي بطريق الادعاء المباشر لا يسقط برفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني فيجوز له بعد رفع دعواه أمام القضاء المدني تركها ورفعها أمام القضاء الجنائي بطريق الادعاء المباشر. (٣٨)

٣- أن تكون هناك وحدة في السبب والموضوع والمجسوم في الدعوة المدنية ، والمدنية التبعية :

فإذا اختلفت إحدى الدعوتين عن الأخرى في السبب أو الموضوع أو المجسوم فلا يسقط حق المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إلى القضاء الجنائي ، ويجوز له رفع دعوى مدنية تبعية أمامه رغم رفعه دعوى مدنية أمام القضاء المدني .

ويكون هناك اختلاف في سبب وموضوع الدعوتين إذا كانت المدعية بالحق المدني قد طالبت أمام القضاء المدني بتسليمها منقولاتها عيناً ، وطالب أمام القضاء الجنائي بتعويض الضرر الناشئ عن تهديد منقولاتها المذكورة (٣٩) ويكون هناك اختلاف في سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعي بالحق المدني قد رفع دعواه أمام القضاء المدني للمطالبة بقيمة الدين المثبت في الشيك الذي لا يقابله رصيد « لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي » ، ورفع دعواه أمام القضاء الجنائي مطالباً بتعويض الضرر الناشئ عن عدم قابلية الشيك للصرف . (٤٠)

ويكون هناك اختلاف في سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعي بالحق المدني قد رفع دعواه أمام القضاء المدني لطرده المدعي عليه للمخضب ورفع دعواه أمام القضاء الجنائي مطالباً بتعويض الضرر الناشئ عن

تزوير عقد الإيجار واستعماله . (٤١) ويكون هناك اختلاف في سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعي بالحق المدني قد رفع دعواه أمام القضاء المدني للمطالبة بالمستحق عن فسخ عقد الشركة ورفع دعواه أمام القضاء الجنائي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن جريمة تهديد المستحق له في الشركة . (٤٢)

ويكون هناك إختلاف في سبب وموضوع الدعوتين إذا كان المدعي بالحق المدني قد رفع دعواه أمام القضاء المدني للمطالبة باسترداد ماله المسروق ، ورفع دعواه أمام القضاء الجنائي للمطالبة بتعويض الضرر الذي لحق به من جراً حرمانه من حيازته ماله . (٤٣)

ويكون هناك إختلاف في سبب الدعوتين إذا طالب المدعي بالحق المدني أمام القضاء المدني بتعويض الضرر استناداً إلى قواعد المسؤولية المفترضة « لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي » ، وطالب بتعويضه أمام القضاء الجنائي استناداً إلى قواعد المسؤولية الواجبة الإثبات ، ويكون هناك إختلاف في الموضوع إذا طالب المدعي بالحق المدني أمام القضاء المدني بتعويض الضرر الذي لحق بسيارته من جراً الحادث وطالب أمام القضاء الجنائي بتعويض الضرر الجسدي الذي لحق به جراً الحادث ذاته .

ويكون هناك إختلاف في المجسوم في الدعوتين ، إذا رفع المدعي بالحقوق المدنية دعواه أمام القضاء المدني على المستولن عن الحقوق المدنية ، ورفعها أمام القضاء الجنائي على التهم ، أو رفع المدعي بالحق المدني دعواه

(٣٧) د. نجيب حنن ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ هامش ٦ .

(٣٨) د. فتحي مريد ، المرجع السابق ، ص ٣١٤ .

(٣٩) نقض جنائي ١٠٠٤/١٠٠٣ مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ رقم ٣٤١

ص ١١٧٢ ، نقض جنائي ١٩٨٠/٥/٤ ، ص ٣١ رقم ١٠٨ ص ٥٦٥ .

(٤٠) نقض جنائي ١٩٧١/١/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٢ رقم ١٩ ص ٧٨ .

(٤١) نقض جنائي ١٩٧٧/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٨ رقم ١٥١ ص ٧٩٥ .

(٤٢) نقض جنائي ١٩٨٤/١٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض ، ص ٣٥ رقم ٢٠٩ ص ٩٤٠ .

(٤٣) نقض جنائي ١٩٥٥/١٠/٣٠ مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٤١ رقم ١١٧٢ .

٣ - أما إذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه المدنية ابتداءً إلى القضاء الجنائي فإنه يكون له طوال مدة نظرها الحق في الاختيار ، ويجوز له ترك دعواه أمام القضاء الجنائي ورفعها أمام القضاء المدني إلا إذا كان قد صرح بترك الحق المرفوع به الدعوى^(٤٨) وترك المدعى بالحقوق المدنية لدعواه أمام القضاء الجنائي بعد اسقاطاً تتحقق آثاره بمجرد صدور الحكم به ، ولا يجوز تجديدها مرة أخرى أمام القضاء الجنائي .^(٤٩)

المبحث الرابع

الدفع بسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية في اختيار الالتجاء إلى القضاء الجنائي

٨- إذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد اختار الالتجاء إلى القضاء المدني ورفع دعواه أمامه مع ثبوت حقه في الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني فإنه لا يجوز له رفع دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي ، ويمكن للمدعى عليه سواء كان المتهم أو المسئول عن الحقوق المدنية الدفع بعدم قبولها لسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية في اختيار الالتجاء إلى القضاء الجنائي^(٥٠) والدفع بسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية في اختيار الالتجاء إلى القضاء الجنائي لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بمصلحة الخصوم^(٥١) . فليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وإنما يتعين على الخصوم الدفع به ويجب إبداءه أمام محكمة أول درجة قبل الدخول في موضوع الدعوى وإلا يسقط

أمام القضاء المدني على الفاعل ورفعها أمام القضاء الجنائي على الشريك أو رفعت الدعوى المدنية أمام القضاء المدني من مدع بالحقوق المدنية ورفعها أمام القضاء الجنائي من مدع آخر بالحقوق المدنية .^(٤٤)

ويكون هناك اختلاف في الخصوم في الدعويين حتى ولو كانتا بين ذات الشخصين ، إلا أن المدعى في أحدهما كان مدعياً عليه في الأخرى .^(٤٥)

وإذا اختلف ممثل أحد الخصوم في أحد الدعويين عن مثله في الأخرى فلا يعد ذلك اختلافاً في الخصوم ، لأن الخصم الواحد لم يتغير في كلا الدعويين .^(٤٦)

المبحث الثالث

مباشرة المدعى بالحقوق المدنية حقه في الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني والعدول عنه

٧- متى كان في إمكان المدعى بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام أي من القاتنين الجنائي والمدني ، فإن التجائه إلى أيهما لا يمنعه من الالتجاء إلى الآخر طالما لم يسقط حقه في الالتجاء إلى القضاء الجنائي .

٩- فإذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه ابتداءً إلى القضاء المدني ثم رفعت الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي ففي هذه اللحظة يسحب له الحق في الاختيار الذي لم يكن قد ثبت له قبل ذلك لعدم رفع الدعوى الجنائية ويكون له ترك دعواه أمام القضاء المدني ورفعها أمام القضاء الجنائي مع الدعوى الجنائية .^(٤٧)

٢- أما إذا كان المدعى بالحقوق المدنية قد رفع دعواه أمام القضاء المدني بعد رفع الدعوى الجنائية إلى القضاء الجنائي ، فيسقط حقه في الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني ، ولا يكون له العدول عن اختياره الالتجاء إلى القضاء المدني .

(٤٤) د. نجيب حسني ، المرجع السابق . ص ٢٩١ .

(٤٥) د. نجيب حسني ، المرجع السابق . ص ٢٩٧ .

(٤٦) نقض جنائي ١٩٤١/٤/١٤ بمجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٤٢ ص ٤٣٦ .

(٤٧) للمادة ٣٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٤٨) للمادة ٣٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٤٩) نقض جنائي ١٩٨٨/١/٥ ، في الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ق العامة ج ٥ و٧ ص ٢٢ .

(٥٠) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق . ص ٤٠٠ . د. فاضل سرور ، المرجع السابق . ص ٣١٦ .

(٥١) د. نجيب حسني ، المرجع السابق . ص ٢٩٧ .

الحق في التمسك به ولا يشترط ابتداءه في أول جلسة طالما أهدى قبل الدخول في الموضوع ، ولا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ^(٥٢) .

أما الدفع أمام القضاء الجنائي يسبق الفصل في الدعوى المدنية فإنه يتعلق بالنظام العام وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ^(٥٣) . ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض كذلك فإن الدفع بعدم اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية التبعية يتعلق بالنظام العام ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ^(٥٤) .

خاتمة

نخلص مما تقدم إلى أن حق الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني يثبت للدعوى بالحقوق المدنية إذا كان في إمكانه رفع دعواه المدنية أمام أي منهما ، فإذا لم يكن في إمكانه رفعها أمام القضاء الجنائي فلا يثبت له هذا الحق .

فلا يثبت للدعوى بالحقوق المدنية حق الاختيار إذا كانت سلطة التحقيق لم ترفع الدعوى الجنائية ولم يكن في إمكانه رفعها بطريق الادعاء المباشر ، وإذا كانت المحكمة الجنائية المرفوعة إليها الدعوى الجنائية ليست لها ولاية الفصل في الدعوى المدنية التبعية لعدم جواز الادعاء المدني أمامها ، أو إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت لأي سبب قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدني .

وفي الحالات التي لا يثبت للدعوى بالحقوق المدنية فيها حق الاختيار لا يكون أمامه إلا الالتجاء إلى القضاء المدني .

ويستقط حق المدعي بالحقوق المدنية في الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائي أو القضاء المدني ، ولا يكون له إلا الحق في الالتجاء إلى القضاء المدني إذا توافرت شروط ثلاثة :

١- أن يكون قد رفع دعواه المدنية الأصلية إلى القضاء المدني الوطني بإجراءات صحيحة لم يشبها بطلان يحول دون اتصال المحكمة بها ، حتى ولو رفعها أمام محكمة غير مختصة .

٢- أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت أمام القضاء الجنائي قبل رفعه دعواه أمام القضاء المدني .

٣- وأن تكون هناك وحدة في السبب والموضوع والحصوم في الدعوين المدنية والمدنية التبعية .

ومضى كان في إمكان المدعي بالحقوق المدنية أن يرفع دعواه المدنية أمام أي من القضاتين الجنائي أو المدني ، فإن التجاؤه إلى أيهما لا ينهه من الالتجاء إلى الآخر طالما لم يسقط حقه في الالتجاء إلى القضاء الجنائي .

والدفع بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي لسقوط حق المدعي بالحقوق المدنية في الالتجاء إليه لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بمصلحة الخصوم فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين عليها لخصوم الدفع به أمام محكمة أول درجة قبل الدخول في موضوع الدعوى والإلا سقط الحق في التمسك به ولا يشترط ابتداءه في أول جلسة طالما أهدى قبل الدخول في الموضوع ولا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٥٢) د. نيل مدحت سالم ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار الثقافة الجامعية ط ٣/١٩٨٩ ، ص ١٨٧ ، نقض جنائي ١٩٤١/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ رقم ٢٤٢ ص ٤٣٦ ، نقض جنائي ١٩٤٥/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ رقم ٥٤٧ ص ٥٩٤ ، نقض جنائي ١٩٥٧/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض ص ٨ رقم ١٣٣ ص ٤٩٦ ، نقض جنائي ١٩٥٩/٦/٢٩ مجموعة أحكام النقض ص ١٠ رقم ١٥٤ ص ٦٩٤ ، نقض جنائي ١٩٦٥/١١/٢ مجموعة أحكام النقض ص ١٦ رقم ١٥١ ص ٧٩٥ .

(٥٣) د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ٤٠٠ ، المادة ١١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٥٤) د. مهيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ ، نقض جنائي ١٩٤٤/٥/٢٧ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٦ رقم ٣٥٦ رقم ٤٨٩ .

**أحكام التفتيش
بين
نصوص الاجراءات
والتطبيق العملي**

للاستاذ / علي شافعي
المحامى بالنقض

احكام التفتيش

التفتيش :

إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي وعلى ذلك يمثل التفتيش قيداً على حرية الشخص ومسكنه ولذا فإن الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية قرر في المادة ٤٧ منه .

« أن الحرية هي حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس فإنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وذلك وفقاً لأحكام القانون » .

وقد نظمت قواعد الإجراءات الجنائية وبينت ماهية التفتيش وشروطه وعلى ذلك فإن إخلال مأمور الضبط القضائي لهذه القواعد يدفع دفاع المتهمين إلى الدفع ببطلانه وهو دفع من الدفوع الشائعة في مجال العمل القانوني وهو دفع من النظام العام على المحكمة أن ترد عليه وفي حالة عدم الدفع يكون ذلك إخلالاً بحق الدفاع يتعين معه نقض الحكم الصادر كما أن عدم الرد على هذا الدفع كلية يجعل الحكم مشوب بعيب في القصور في التسبب وهذا البطلان لا يصلحه إلا التنازل عن الدفع الذي يشترط أن يكون صريحاً جلياً من الشخص المتنازل وعلى ذلك فإن هذا البحث يتناول موضوع التفتيش على هذا النحو :

أولاً : تعريف التفتيش وخصائصه والتمييز بينه وبين باقي الإجراءات التي تختلط به وشروط الإذن به وشكل وتنفيذ الأمر .

ثانياً : إختصاص مأمور الضبط القضائي بإجراء التفتيش في غير حالات الإذن « حالات التلبس » .

القسم الأول

أولاً : تعريف التفتيش :

يقصد بالتفتيش على سبيل العموم البحث عن دليل الجريمة وإثبات نسبتها إلى شخص المتهم وذلك بالبحث في جسم الشخص أو ملامحه أو ما قد بهجه من أشياء أو في المكان الذي يقيم فيه الشخص سواء كان هذا المكان مسكوناً أو غير مسكون ، وعلى ذلك إنتهت محكمة النقض في حكم شهير لها « أن التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يقصد منه البحث عن الحقيقة في مستودع السر ولا يجوز إجراؤه إلا بمعرفة سلطة التحقيق أو بأمر منها » .

ولاً في الأحوال التي أباح فيها القانون لمأمور الضبط القضائي تفتيش منازل المتهمين الواردة على سبيل الحصر أما الدخول لغير التفتيش فلا يعد تفتيشاً بل هو مجرد عمل مادي قد تقتضيه حالة الضرورة .

« حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٢ منشور بالجزء الرابع ص ٢٤٦ ابتداء » مجموعة الأحكام ونظمت المادة ٤٦/١ من قانون الإجراءات الجنائية الإجازة لمأمور الضبط القضائي أنه حالة القبض على المتهم قانوناً فإنه يجوز تفتيشه .

كما أنه لا يجوز تفتيش منزل المتهم إلا بإذن قضائي وعلى ذلك فإن المحكمة الدستورية قضت في حكمها الشهير بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات والتي كانت تبيح لمأمور الضبط القضائي عند القبض عليه إجازة تفتيش منزله .

وذلك في حالة التلبس وإذا إتضح من أسمارات التحقيق أنها موجودة فيه وذلك لتعارض هذه المادة مع المادة رقم ٤٤ من الدستور والتي قضت أن للمسكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا بأمر مسبب وفقاً لأحكام القانون وعلى ذلك إستقر الفقه والقضاء على أنه لا يجوز التفتيش .

وقد نظمت المادة ٣٤ المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٧٢ والتي نصت على أنه لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح أن يأمر بالقبض على المتهم المحاضر الذي توجد دلائل كافية مع اتهامه ومعروف ان التفتيش هو إجراء لازم بعد القبض على المتهم .

وعلى ذلك فإن التفتيش هو إجراء يتم دون الموافقة من جانب الشخص ويتم بإكراه عليه سواء رضى أو لم يرض سواء وافق على دخول مأمور الضبط أو لم يرض على أن عنصر الإكراه هو نوع من الإعتداء على حقوق الأفراد في الاحتفاظ بأسراره وهذا الإعتداء هو أمر يفرضه حق المجتمع في رعاية الصالح العام وذلك لكشف الجريمة ، وتوقيع العقوبة كما أن حق التفتيش ليس حقاً مطلقاً لمأمور الضبط ذلك أن الدستور وقانون الإجراءات الجنائية قد أحاط هذا الإجراء بضمانات كافية وذلك في إطار حدود الإذن والغاية من الإجراء .

٢- التدخل في حق السر :

لكل إنسان مستودع أسرار ولكل شخص أوراقه ومستنداته وأفكاره ووحلة حياته المشكلة في أوراق الشخص وصوره والمستندات التي تشكل فترات حياته في معاملاته وكذا في أملاكه التدخل في مستودع الاسرار بشكل تدخل في حق من الحقوق العامة للفرد وهو حق الإنسان في الاحتفاظ بأسراره المشكلة في مستنداته وأوراقه والدخول في المسكن بالتفتيش فيه للبحث عن جريمة فإنه يقتضى ذلك تفتيش منزل الشخص في كل إجراءاته وإطلاع مأمور الضبط القضائي على كل أسرار الشخص في الاطلاع على مستودع أسرار الشخص على جميع الأوراق والمستندات ، وعلى ذلك فإن القبض يختلف عن التفتيش في أن الأول هو قيد مع حرية الفرد بينما التفتيش هو إعتداء على الفرد بتفتيش ملابسه أو مسكنه وعلى ذلك فإن هذا الإعتداء

١- لا بد وأن يكون التفتيش من أجل الكشف عن جريمة في جناية أو جنحة واقعة بالفعل فلا يجوز التفتيش من أجل جريمة مستقبلة .

وعلى ذلك قضت محكمة النقض « أنه لا يصح إصدار الإذن بالتفتيش إلا لضبط جريمة واقعة بالفعل »
« نقض ٧١/٧/٢٠ س ٢٢ ص ٨٠١ » .

٢- كما أنه يشترط وجود الدلائل الكافية نحو شخص معين وأن تسبق هذه الدلائل تحريات كافية وجريمة مع هذه الدلائل .

٣- أن يكون من مصلحة التفتيش عمل هذا الإجراء .

ثانياً خصائص التفتيش :

يختلف التفتيش عن باقى الإجراءات الأخرى المنظمة لقواعد قانون الإجراءات الجنائية في أنه يتميز بالآتى :
أولاً : أنه يتم بإكراه على من يقع عليه دون دخل لموافقة أو إرضائه .

ثانياً : أنه يشكل تدخلاً في حق من الحقوق العامة وهو التدخل في دائرة حق الفرد في سرية مسكنه ومعلوماته وأسراره .

ثالثاً : أن التفتيش الهدف منه إسناد جريمة لشخص ما بعد إيجاد الدليل ضده عن طريق التفتيش وحيث أن الأصل براءة ذمة الشخص .

وعلى ذلك فإن مدخل دراسة التفتيش يقتضى بحث هذه العناصر التي هي في جوهرها خصائص التفتيش .

١- الإكراه والجبير :

يقرر الدستور في المادة ٤١ أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تفس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وذلك وفقاً لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي .

على حرية الفرد ولخطورته الإجتماعية فإن المشرع نظم قواعد تفتيش أشخاص المتهمين ومنازلهم ووضع لذلك قيوداً ونظم قواعد هذه الإجراءات بحيث لا يكون هذا الحق مطلقاً لمأمور الضبط لما لهذا الإجراء من خطورة على المساس بحرية الفرد في أسراره .

٣- الغرض من التفتيش هو البحث عن الدليل المادي لإرتكاب الجريمة .

الأصل في الإنسان البراءة ، حيث أن البيئة على من ادعى وبالتالي فإن إسناد الجريمة إلى شخص ما يقتضى ذلك أن يكون هناك دليلاً مع إدانة هذا الشخص وهو ما يسمى بدليل الثبوت وهذه الأدلة إما أدلة قولية تمثل في أقوال المتهم أى إقراراً بإرتكاب الواقعة أو في أقوال شهود الإثبات الذين شاهدوا الواقعة ونسبوا إلى شخص المتهم أو إلى دليل فني فالتقارير الفنية أو إكتشاف بصمات المتهم في مكان الجريمة أو دليل مادي قاطع بات في الإتهام وهو ضبط الأشياء المضبوطة إما بملابس المتهم أو في حوزته أو أن تضبط هذه الأشياء بسكن هذا الشخص .

ثالثاً : التمييز بين التفتيش وباقي الإجراءات التي قد تخلط به :

تتمدد إجراءات التحقيق والتي يقصد بها الوصول إلى الحقيقة والكشف عن الجريمة وهذه الإجراءات تتعدد وتتداخل كلها لكونها أدلة الجريمة وعلى ذلك فإن التفتيش كإجراء يختلف من إجراء الضبط والإستجواب وأعمال الخبرة على النحو الآتى :

١- الضبط :

أباح القانون لمأمور الضبط القضائي بضبط كل ما هو متعلق بالجريمة .

» حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٥٧/١/٢٨ المكتب الفني ج ٣ ص ٤٥ وعلى ذلك فإن التباين والاختلاف واضح بين الضبط والتفتيش في أن الأخير

إعتداء على حق ، كما أنه يعجز ضبط الأشياء المكشوفة أو المتروكة دون التفتيش والضبط الذي يتم خارج المنازل وفي الطعن العام هو إجراء من إجراءات الاستدلال لا التحقيق على أنه نفى أنه لمأمور الضبط القضائي المأذون له بتفتيش منزل المتهم للبحث عن جريمة ما فإنه مأذون له أن يقتش في كل مكان يرى احتمال وجود الأشياء المطلوب الكشف عنها فإن كشف عرضاً أثناء هذا التفتيش على جريمة أخرى غير المأذون من أجلها فإنه يكون حبالاً جريمة متلبس بها ويكون من واجب ضبط كشف عنه التفتيش .

» الحكم منشور في كتاب الدكتور رؤوف عبيد الاتبات الجنائي حكم ١٩٥٧/١/٢٨ المكتب الفني ج ٣ ص ٤٥ .

٢- الاستجواب :

يقصد بالاستجواب وهو إجراء من إجراءات التحقيق سؤال المتهم عن التهمة أى توجيهها إليه وإثبات أقواله دون مناقشة وعلى ذلك فإن سؤال يصلح أن يجري بمعرفة سلطة الاستدلال أى الاستجواب والمواجهة هو عمل من إجراء التحقيق .

» رؤوف عبيد كتاب مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري صفحة ٤٣٣ .

والغرض من الاستجواب في التحقيق الابتدائي هو جمع الأدلة حيث قد يفضل المتهم الاعتراف مختاراً أو قد تصدر منه بعض الأقاويل التي تصدر منه التي قد تتخذ دليلاً ضده .

ويرى البعض أنه هناك تشابهاً بين الاستجواب والتفتيش وهو أن الغرض من كل منهما هو الحصول على دليل لارتكاب الجريمة والفرق بينهما أن الدليل المسند في الاستجواب هو دليل قولي وأن الثاني هو دليل مادي . ونلاحظ أن الاستجواب يقتصر على شخص المتهم دون غيره .

سمعوا عنها أما التفتيش قد تم في مواجهة المتهم كما قد تم في مواجهة غيره ولاحظ أن اختيار الشهود هو من اطلاعات المحكمة وقد استجوب القانون على الشاهد أن يقسم اليمين عند إبداء شهادته ولم يتطلب إجراء التفتيش ذلك .

رابعة : شروط الإذن بالتفتيش وشكله ومدته ومكانه وطريقة تنفيذه :

أولاً : شروط صدور إذن التفتيش شروط ثلاثة :

١- جدية التحريات .

٢- وقوع جريمة أو جنة .

٣- صدور الإذن عن مملكه .

١- جدية التحريات :

قررت محكمة النقض :

أن تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش وأن كان موكولاً لسلطة التحقيق إلا أن الأمر حتى ذلك خاضع لرقابة محكمة الموضوع فهي الرقبة على قيام المسوغات التي تراها سلطة التحقيق مبررة لإصدار الأمر بالتفتيش فإذا هي حتى حدود سلطاتها التقديرية أهدرتة نتيجة عدم اطمئنانها إلى ما تم من تحريات أو تشككها في صحة قيامها أو أنها في تقديرها غير جدية فلا تثريب عليها في ذلك .

« الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٢٥ جلسة ١٩٥٩/٢/٢٠ ص ٧٠٤ » .

وعلى ذلك فإنه يقصد بجدية التحريات أن تكون هذه الإجراءات راجعة إلى دلائل وقرائن قوية يمكن من خلالها توجيه الاتهام إلى شخص الجاني بإعتبار أن هذا الاتهام نتيجة منطقية ومفعولة على مقدمات التحريات التي أجريت « أحكام تفتيش للأستاذ / حسن محمودة سيد أحمد المحامي » بحث منشور بمجلة المحاماة لسنة ٥٧ .

أما التفتيش فمن الممكن إجراءه في مواجهة المتهم كما يمكن إجراءه أيضاً لدى غير المتهم إذا قامت دلائل غير كافية ضد هذا المتهم كما أن هناك فرق جوهري بين الاستجواب والتفتيش ذلك أن عنصر الإرادة مفتقد في التفتيش ، ذلك أنه يجوز أن يتم سواء وافق الشخص على ذلك أو لم يوافق . أما الاستجواب فإن الأصل في الإنسان البراءة فإنه يجوز للشخص الالتزام بالصمت وعدم الحديث كما أنه اتفق على أنه لا يجوز إعتبار هذا الصمت قرينة ارتكاب الواقعة .

« الدكتور ردوف مبيد المرجع السابق ص ٤٦١ »

كما أنه لا يجوز استجواب المتهم في جنابة إلا بعد دعوة محاميه إلى الحضور إن وجد ، كما يتطلب المشرع إطلاع المحامي على التحقيق قبل الاستجواب ، كما أن اسباب بطلان التفتيش تختلف عن بطلان الاستجواب .

٣- أعمال الضربة :

أعمال الضربة ما هي إلا تقارير تعين الفرض منها الوصول إلى الحقيقة وكشف غموض الجريمة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم في اختيار الجدير والمحكمة غير مقيدة بتقرير الجدير فلها أن تأخذ به أو لا تأخذ ، أما التفتيش فأصله دائماً إجراء مادياً غايته العثور على الدليل على ارتكاب الجريمة ، وعلى ذلك فإن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق تملكه بحسب الأصل سلطات التحقيق بينما الضربة لا تفيد المحكمة بحسب الأصل أما إجراء التفتيش وما يسفر عنه من ثم إجراؤه وفقاً لصحيح القانون فهو مقيد للمحكمة فيما ترتب عليه من نتائج وفقاً لصحيح القانون .

٤- شهادة الشهود :

الشهادة وهي دليل قولي تلجأ إليه سلطة التحقيق لتستمع من الشهود عن الوقائع المتعلقة بالجريمة ويختلف التفتيش عن الشهادة في أن الشهادة تكون لغير المتهم فهي تكون بالنسبة لمن شاهدوا الجريمة أو

٢- وقوع جريمة أو جنحة :

حيث أن التفتيش وهو إجراء من إجراءات التحقيق وهو قيد على حرية الشخص ومستودع أسرارهِ فإن قانون الإجراءات استلزم في نصوصه أن يكون الإذن بالتفتيش في الوقائع التي تشكل الجريمة أو الجنحة وعلى ذلك فإنه لا يجوز التعرض للمتهم في المحافطات الضيقة إلا في الحدود للمادة ٣٨ / ٢١ إجراءات جنائية أي في حالة التلبس بالمخالفة مع عدم معرفة شخصية المتهم .

ولذلك قضت محكمة النقض « أن الإذن بالتفتيش إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح قانوناً إصداره إلا لضبط جريمة جنائية أو جنحة واقعة بالفعل وترجمت تسميتها إلى المأذون بالتفتيش .

أحكام محكمة النقض المصادق عليها :

٦١/٦/١ ، ٤٧/٢/٢٤ ، ١٩٦٨/٦/١٧ منشورة بمجلة المحاماة العدد الخامس لسنة ٦٧ ص ١١٨ .

٣- صدور الإذن ممن يليه :

الإذن بالتفتيش موكل إلى أعضاء النيابة العامة الذين لهم الحق وهدم في إصدار الإذن بالتفتيش وذلك إلى مأمور الضبط القضائي . ويملك أعضاء النيابة جميعهم إصدار الإذن بالتفتيش وعلى ذلك فإنه يجوز لمساعد النيابة حق إجراء التحقيق فله أن يصدر إذناً في التفتيش الذي ينتج دليلاً في الدعوى .

جلسة ١٩٤٨/١٠/١١ على رقم ١٨/١٥٧٩ ق .

كما أن توجيهه طلب التفتيش إلى رئيس النيابة لا يمنع وكيل النيابة الذي يعمل معه عن الفصل فيه .

وعلى ذلك قضت محكمة النقض أن رئيس النيابة وكلاء النيابة الذين يعملون معه مختصون بأعمال التحقيق في جميع الحوادث التي تقع في دائرة المحكمة الكلية التي هم تابعون لها الأول بناً على جنحة والآخرين بناً على تعريضهم من رئيس النيابة أو من

وفي تعريف آخر للدلائل الكافية فإنه يقصد منها المعلومات المستفادة من ظاهر الحال دون ضرورة التعمق فيها وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة وضعفها يقوم عن إستنتاجها من وقائع لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة ولا بحكم اللزوم العقلي .

و المرجع السابق د/ رؤوف عبيد ص ٣٢٠ وما بعدها .

ومضى أثبت الحكم أن أمر التفتيش قد بني على تحريات خفيفة تستتبع مسدوره فلا يؤثر فيه ما قاله تزيدي إستدلالاً على جدية التحريات من أن التفتيش قد إنتهى إلى ضبط الواقعة فعلاً .

د الطعن رقم ١٦٦١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٧ ص ٤٨٩ ،

كما أن تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش متروك لسلطة التحقيق .

د الطعن رقم ٦٥٨ جلسة ١٩٦٦/١١/٥٨ ص ٦٧٢ ،

ويشترط أن يكون الإذن مكتوباً ولكن في حالات الإستعجال قد لا يكون محالاً لكتابه وفي ذلك قضت محكمة النقض في حكم شهير لها « أنه لا يشترط القانون إلا أن يكون الإذن بالتفتيش شأنه في ذلك شأن سائر أعمال التحقيق ثابتاً بالكتابة وفي حالة الإستعجال قد يكون إبلاغه بالمسرة أو ببرقية أو بغير ذلك من وسائل الاتصال ولا يلزم وجود ورقة الإذن بيد مأمور الضبط القضائي المنتدب لأن في ذلك عرقلة إجراءات التحقيق وهي بطبيعتها تقتضي السرعة وإنما الذي يشترط أن يكون التبليغ بفجوى الإذن أصل ثابت في الأوراق .

د الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٦٠/١٠/٣١ ص ١١ ص

٧٣٠ .

كما لا يوجب القانون حتماً أن يتولى رجل الضبط القضائي التحريات والأبحاث التي يؤسس عليها الطلب بالإذن له بالتفتيش الشخصي أو يكون على معرفة شخصية سابقة به بل له أن يستعين فيما قد يجريه من أبحاث وتحريات بمعاونة من رجال السلطة العامة أو المرشدين ما دام أنه قد إنتفع بشخصاً بصحة ما نقلوه إليه ويصدق ما تلقاه عنهم من معلومات .

د الطعن رقم ١٧١٢ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٦١/١١/١٩٧١ ص ٢١ ص ١٢٥ .

(ب) كما يشترط للإذن بالتفتيش أن يكون بذكر إسم المتهم المطلوب تفتيش منزله أو تفتيشه إلا أنه يمكن أن يصدر الإذن بإسم المتهم الذي اشتهر به ويكون الإذن بذلك صحيحاً . كما أن محكمة النقض قررت في حكم لها أن الخطأ في إسم المطلوب تفتيشه لا يبطل التفتيش ما دام الحكم قد استظهر أن الشخص الذي حصل تفتيشه هو في الواقع بذاته المقصود بالتفتيش طعن رقم ٦٥٨ سنة ٢٨ ق جلسة ١٩٥٨/٦/١٦ . كما يشترط في شكل الإذن إصداره في عبارات معينة أو خاصة كما لا يعيب الإذن عدم تعيين اسم المأمور له بإجراء التفتيش .

د طعن رقم ١٩١٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٨/٢٥ .

على أنه يجب تسبب الإذن بتفتيش المسكن إعمالاً لنص المادة ٤٤ من الدستور والمادة ٩١ إجراءات جنائية وذلك بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٧٢ وهما يوجبان تسبب الأمر القضائي بالتفتيش على المساكن وإذا تم التفتيش على شخص المتهم دون المسكن دون أن يكون الأمر مسبباً فلا يكون هناك بطلاناً في الإذن .

٣ - مدة الإذن

يجب أن يصدر الإذن القضائي إلى مأمور الضبط القضائي محدداً فيه ميعاد قيامه بإجراء التفتيش ولا يجوز أن يكون الإذن مطلقاً في ميعاد إجراءه لما لهذا الإجراء من تهديد للشخص المراد تفتيشه أن هذا التفتيش اعتداء على حرية الشخص ومستودع أسرارته والتي اقردها لها جانب في هذا البحث على أنه قد استقرت قواعد قانونية قضائية في احتساب مدة الإذن فيها :

- أنه لا يحتسب في حساب مدة الإذن اليوم الصادر فيه .

د طعن رقم ١٦٣٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٦/١٦ .

كما أنه يجوز تجديد مدة الإذن وذلك شريطة صدور إذن آخر بامتداد الإذن المذكور .

يقومون مقامه تعويضاً أصبح على النحو الذي استقر عليه العمل في حكم المفروض بحيث لا يستطيع نفيه إلا بنهي صريح .

د جلسة ١٩٤٨/٤/١٦ طعن رقم ٣٤٣ ، ١٨ ق .

كما أنه يشترط لصحة الإذن من يملكه أن يصدر من أعضاء النيابة بتفتيش المتهم ومنزله شريطة ذلك أن يكون المتهم في دائرة النيابة الكلية باعتباره مختصاً بالتحقيق في الحوادث التي تقع في هذه الدائرة وذلك وفقاً للمادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وما استقرت عليه محاكم النقض .

الطعن رقم ٩٠ س ٢٢ جلسة ١٩٥٢/٢/٢٥

الطعن رقم ١٣٩٨ س ٣٣ جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٠

الطعن رقم ١١٤٧ س ٢٦ جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٤

كما أن الاختصاص بإصدار إذن التفتيش يتحدد بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة المتهم أو بالمكان الذي يضبط فيه .

وذلك وفقاً للمادة ٢١٧ من قانون الإجراءات الجنائية وما استقر عليه العمل في المحاكم .

الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٢٧ جلسة ١٩٦٨/٢/٥ .

٢ - شكل الإذن

(أ) يجب أن يكون الإذن بالتفتيش الصادر من النيابة إلى أحد مأمور الضبط القضائي أن يكون ثابتاً بالكتابة كما يجب أن يوقع على الإذن من أصدر هذا الإذن ، فالإذن الشفوي لا يكفي لصحة التفتيش ولكن إذا كان صاحب الشأن قد رضى صراحة بإجراء التفتيش فإنه يكون صحيحاً ويجوز الاعتماد عليه .

إلا أنه وكما أوردنا سلفاً أنه في حالة الاستعجال قد يكون إبلاغ الإذن بأي وسيلة أخرى غير الكتابة ولكن القانون يشترط أن يكون التبليغ بضمون الإذن له أصل ثابت بالأوراق .

وأيضا : تنفيذ إذن التفتيش :

الآن وقد صدر إذن التفتيش يناط بهم إصدار الإذن إلى مأمور الضبط القضائي وكان هذا الإذن مكتوباً مرقعاً عليه موضحاً به اسم الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه وحدد لإجراء الإذن ميعاداً لتنفيذ به في المكان المعين يصدر الإذن فيان تنفيذه هذا الإذن القانوني يتطلب :

١- إجراء التفتيش بمعرفة مأمور الضبط القضائي .

٢- حضور المتهم أو الشهود التفتيش .

٣- تفتيش جسم المتهم .

٤- تفتيش الأثاث .

٥- ما يوجبه التفتيش المأذون به .

١- إجراء التفتيش بمعرفة مأمور الضبط القضائي :

من المقرر قانوناً أنه طالما قد صدر أمر النيابة العامة لأحد مأموري الضبط القضائي أو لمن يماونه أو ينبيهه فإن إنتقال أي منهم يجعل ما أجراه مفردة صحيحاً لوقوعه في حدود الأمر الصادر من النيابة والذي خول كل منهم سلطة إجراءه مادام إذن التفتيش لم يقصد أن يقوم بتنفيذه واحد بالذات بحيث يكون مقصوراً عليه الاستفادة بالإجازة الى غيره ، كما أن القانون أباح لمأمور الضبط القضائي إختيار الوقت المناسب لتنفيذ الإذن طالما كان ذلك في حدود الزمن المعين بالإذن ، كما يجوز تنفيذ الإذن عن طريق مأمور الضبط القضائي أينما وجد الشخص المطلوب تنفيذ الأمر عليه طالما كان ذلك في دائرة إختصاص مصدر الإذن .

حيث أن المقرر أن مجال تطبيق المادة ٥١ إجراءات تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيه عنه كلما أمكن ذلك وإلا يجب أن يكون بحضور شاهدين هو عند دخول المنازل وتفتيشها في الأحوال التي يجيز لهم فيها القانون ذلك أما التفتيش الذي يقومون به بناء

على نذيرهم لذلك من سلطة التحقيق فتسرى عليه أحكام المواد ٩٢ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ من ذلك القانون الخاص بالتحقيق بمعرفة قاضي التحقيق التي تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيه عنه إن أمكن ذلك « نفس رقم ٥٤٧ لسنة ٤٢ جلسة ١٩/٦/١٩٧٢ » .

٢- حصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيهه في ذلك :

قررت المادة ٩٢ من القانون الإجراءات الجنائية « أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيهه إن أمكن ذلك » وعلى ذلك استقرت أحكام المحاكم على أن حصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينبيهه ليس شرطاً جوهرياً لصحة التفتيش ولا يترتب البطلان ذلك أن القانون لم يجعل حضور المتهم التفتيش الذي يجري في مسكنه شرطاً جوهرياً في صحته .

« الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٧٢/٦/٥ » .

٣- تفتيش جسم المتهم :

يقوم مأمور الضبط القضائي بتنفيذ الإذن بتفتيش الشخص المراد تنفيذ الأمر عليه ويشور في الأحوال العملية رفض الشخص المراد تفتيشه فيضطر مأمور الضبط إلى استعمال الإكراه مع الشخص المراد تفتيشه فإذا كان هذا الإكراه الذي وقع على المتهم بالقدر المناسب لاكتساب الدليل فلا تشرب على مأور الضبط في ذلك ما دام الإكراه الذي وقع على المتهم كان بالقدر اللازم لاتنزاع المخدر فلا بطلان في التفتيش .

« الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ جلسة ١٩/١/٥٦ » .

« الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٣٦ جلسة ١٩/٣/٥٧ » .

وأحياناً يقوم المتهم بإخفاء جسم الجريمة في جسمه شخصياً فان الإذن من النيابة باستئراج المخدر مثلاً من مكانه يصبح هذا الإذن صحيحاً .

أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ أن يكون تفتيش الأثاث بمعرفة أنشئ مثله التي يتدبها مأمور الضبط

القسم الثاني

اختصاص مأمور الضبط القضائي

بإجراء التفتيش في غير حالات الإذن

أولاً: ما لا يعد تفتيشاً .

ثانياً: التفتيش الإداري .

ثالثاً: أحوال التلبس .

رابعاً: التفتيش في أحوال الإستيفاف والتخلي .

خامساً: الرضا بالتفتيش .

أولاً: ما لا يعد تفتيشاً

التفتيش في ملابس المتهم في جسده أو في مسكنه .
هو التفتيش الذي يعد من إجراءات التحقيق وهو الذي
يجب الإذن القضائي طبقاً لنص المادة ٣٥ ، ٤٦
إجراءات . غير أن هناك حالات يندرج فيها عمل مأمور
الضبط القضائي ويقوم بإجراء التفتيش وفي هذه الحالة
لا يلزم إذن التفتيش لأن ما يقوم به مأمور الضبط
القضائي لا يعد تفتيشاً يفهم التفتيش القضائي وذلك
على سبيل المثال .

أن يقوم مأمور الضبط القضائي بالبحث في
محتويات سلة بعد سقوطها في الطريق العام ذلك لأن
ذلك ضرباً من ضروب التفتيش عن ماله كما وكذلك
تفتيش المزارع غير المتصلة بالمساكن لأن القانون أراد
حماية المسكن فقط فتفتيش المزارع بدون إذن لا غبار
عليه إذا كانت غير متصلة بالمساكن .

د جلسة ١٩٤٢/٦/١ طعن ١٠-١٥ لسنة ١٩٤٢ د .

كذلك ما يقوم به رجال الإسعاف من البحث في
جيوب الشخص الغائب عن الصواب فهو لا يعد تفتيشاً
بالمعنى الذي قصه الشارع .

د طعن رقم ٧٢٥ لسنة ٢٥ جلسة ١٩٥٦/١/١٠ .

وكذلك إذا كانت السيارة في الطريق العام وكان
ظاهر الحال يشير إلى تخلي صاحبها عنها .

د الطعن رقم ٢٩٩/١٧٤٧ لسنة ٢٩/٤/٤ لسنة ١٩٦٠ .

ويجب على مأمور الضبط القضائي أن يثبت اسم الأتني
التي قامت بالتفتيش ومناطق أن يكون التفتيش بمعرفة
أثنى مثله أن يكون مكان التفتيش من المواضيع
المسماة التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الاطلاع
عليها أو مشاهدتها باعتبارها من عورات المرأة التي
تخشد حيائها .

« وهذا ما استقرت عليها محكمتنا العليا في
أحكامها » .

د الطعن رقم ٤٩/١٤٣ جلسة ٢٩/٥/١٧ ص ٢٠ ص ٥٨٨ .

د الطعن رقم ٤٥/١٠٦٨ جلسة ٤٥/١٠/١٩ ص ٢٦ ص ٤٩٦ .

د الطعن رقم ٤٢/٤٠٦ جلسة ٢٢/٥/٢٩ ص ٢٣ ص ٨٢٥ .

٥- ما يوجب التفتيش المأذون به :

يجب على مأمور الضبط القضائي بعد صدور الإذن
عليه بإجراء التنفيذ وعند تنفيذ الأمر بذلك أن يقوم
بعمل محضر إجراءات التفتيش ولكن في إغفال مأمور
الضبط القضائي عمل هذا الإجراء لا يترتب للبطلان
ويكون للمأمور الضبط القضائي القبض على المتهمين
وتفتيشهم وضبط ما يعثر عليه بممتلكاته ولو لم يكن
لها صلة بالأمر الذي حصل بموجبه دخول المنزل من
أجله ، ذلك أن الغرض من تحرير محضر إجراءات
التفتيش كما يدل عليه سياق المادة ٥٥ من قانون
الإجراءات الجنائية هو تدوين ما عسى أن يبيده المتهم
من ملاحظات على الأشياء المضبوطة .

يراجع ذلك حكم النقض رقم ٤٤١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١ .

وأحياناً وعند قيام مأمور الضبط القضائي بإجراء
التفتيش لإكتشاف جريمة ما فإنه وعند محاولة العثور
على هذا الشيء المراد التفتيش من أجله فإن مأمور
الضبط القضائي يكتشف جريمة أخرى .

فيأذا هو تبين أثناء هذا التفتيش إكتشاف جريمة
أخرى فإن من واجب مأمور الضبط ضبط ما كشف عنه
ولا بطلان في إكتشاف هذه الجريمة وتقديمها إلى جهة
الاختصاص .

ثانياً : التفتيش الإداري :

سمح القانون بإجراء التفتيش الإداري لأغراض إدارية متعددة بغير وجود الدلائل الكافية وبغير رغبة تميز هذه الأدلة وفي إجراء قبل هذا التفتيش دون إذن من النيابة العامة كقيام جنود خفر السواحل ورجال الجمارك عند الإشتباه عن كل ما يكون مهرباً أو ممنوعاً ولو عن طريق تفتيش الأمتعة والمنقولات فحسب كان نوعها في حدود الدائرة الجمركية فإذا هم عثروا أثناء التفتيش الذي يجرؤونه على دليل يكشف عن جريمة غير جمركية يعاقب عليها في القانون العام فإنه يصح الاستدلال بهذا الدليل أمام المحاكم في تلك الجريمة لأنه ظهر أثناء إجراء مشروع في ذاته .

« جلسة ١٧/٥/١٩٥٠ طعن رقم ٥٥٢/٧٠ ق ٠ »

وكذلك تفتيش المحبوسين حسباً احتياطياً عند دخولهم السجن صحيح وذلك على ما هو مفهوم من نصوص القانون من أن لفظ مسجون يطلق على المحبوسين إطلاقاً سواء كان الحبس احتياطياً أم كان تنفيذياً .

« جلسة ١٦/١/١٩٥٨ طعن رقم ٢٢٢٣/١٧ ق ٠ »

ثالثاً : التفتيش في احوال القبض والتلبس :

تنص المادة ٣٠ من قانون الإجراءات « تكون الجريمة متلبساً بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها بجرمة يسميه وتعتبر الجريمة متلبساً بها إذا تبع الجاني المجنى عليه مرتكبها أو تبعه العامة مع الصباح إثر وقوعها وإذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت في هذا الوقت آثار علامات تفيد ذلك .

وعلى ذلك وطبقاً لهذه المادة فإن القانون أباح ومنع لمأمور الضبط القضائي إلى القيام بكافة الإجراءات والتي كان يلزم لها الإذن القضائي من تفتيش وذلك خوفاً من ضياع الدليل وحصر أدلة الجريمة .

وعلى ذلك فإنه يقصد بالتلبس طبقاً لنص المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية قيام مأمور الضبط بإجراء ضبط الجريمة عند :

- مشاهدة الجريمة حال ارتكابها .

- أو عقب ارتكابها بجرمة يسيرة .

- أو كان الجاني يحمل أشياء يستدل منها على أنه هو مرتكب الجريمة أو شريكاً فيها .

- أو إذا وجدت بمرتكب الجريمة آثار أو علامات يستدل فيها على أنه فاعل أو شريك فيها .

أي أن التلبس حالة تتعلق بالجريمة واكتشاف هذه الجريمة والمشاهدة الفعلية لحظة ارتكاب التلبس أو التقارب الزمني هذا هو الذي يحدد حالة التلبس .

ومضى توافرت إحدى حالات التلبس طبقاً لنص المادة ٣٠ من قانون الإجراءات فيجوز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم وتفتيش التهم . والقبض والتفتيش إجراء من إجراءات التحقيق بحسب الأصل . وعلى ذلك تتعدد حالات التلبس في حالات خمس :

الحالة الأولى : اكتشاف الجريمة حال ارتكابها وهي تمثل حالة التلبس بمعناه الحرفي أما باقي الصور منتقلة فهي صور متنوعة من التلبس الاعتباري .

« المرجع السابق د/ زوك هيد من ٢٢٦ وما بعدها » .

وتتحقق حالة التلبس بمشاهدة الجريمة في مجرى نفاذها وقد تكون بأية حاسة من الحواس كشم ورائحة مخدر أو سماع صوت الأعرية ثم مشاهدة الجاني المطلق هذه الأعرية يجري عدواً كل ذلك يؤكد وقوع حالة التلبس الذي يبيح لمأمور الضبط إجراء القبض والتفتيش

الحالة الثانية : مشاهدة الفعل الإجرامي بعد ارتكابه بجرمة يسيرة قد شاهد السارق خارجاً بالمسروقات من السكن أو مشاهدة الجاني مفادراً مكان الجريمة ولم يشاهد أحد الواقعة ذاتها ولكن كما قررت محكمة النقض :-

« أن آثارها لا زالت بادية تنبئ عن وقوعها ونارها لم تخمد بعد بل تخلفت عنها بقايا لازالت خادمة .

« نقض ١٤/١/٦٦ من ١٧ رقم ١٦٨ ق ٩١١ »

الحالة الثالثة : تتبع الجاني إثر وقوع الجريمة وهي لحظة وقتية أن يشاهد البعض ارتكاب الجاني الجريمة ويتبعه البعض في عدو خلف هذا الشخص للإمساك به

وتقديمه إلى مأمور الضبط القضائي للقبض عليه وتفتيشه ولا يلزم عند القبض على المتهم أن يكون الذين يقبضوا على المتهم هم الذين شاهدوا الجريمة .

الحالة الرابعة : وجود الجاني بعد وقوع الجريمة حاملاً أشياء يستدل منها على أن هذا الشخص هو الجاني أو شريك في ارتكاب الواقعة . وهذه الأشياء التي يحملها المتهم عقب الجريمة تثبت في ذات نص المادة - آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراق أو أشياء أخرى . ولابد أن تكون هناك علامة واقعة أو مترابطة بين هذه الأشياء أو الآلات والمتهم أما إذا انتفت هذه الصلة فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي إجراء التفتيش أو القبض على المتهم .

الحالة الخامسة : أن توجد بالمتهم عقب وقوع الجريمة بوقت قريب آثار أو علامات يستفاد منها أن هذا الشخص إما فاعلاً أصلياً أو شريكاً في ارتكاب واقعة إجرامية .

كأن يشاهد الشخص وقد لطخت ملابسه بالدماء أو وجد المتهم وبه خدوش أو آثار حريق من جراء وجود المتهم محل الواقعة الإجرامية أو أن تكون به آثار من الخدوش أو الجروح أو الكدمات من نتيجة مقاومة الجاني . وعلى ذلك يتحدد الفترة الزمنية للتليس في الحالات الأربعة الأولى بمشاهدة الجريمة حال ارتكابها أو عقب وقوعها بفترة قصيرة أما أمر تحديد الفترة الزمنية المقررة للحالات الأربعة الأولى فقد اختلف فيها الفقهاء - فقرر البعض أن الفترة لابد وأن تكون سيرة وقرر البعض أنها لا تزيد إلا على أربعة وعشرون ساعة بعد ارتكاب الواقعة وخلص أن تقدير ذلك تقديرًا موضوعياً لا قانونياً .

« طعن رقم ١١١٩ س ٧ ص ٢٢٢ » .

وحتى يكون التليس صحيحاً منتجاً آثاره القانونية والذي يبيح لمأمور الضبط القضائي إجراء التفتيش دون إذن من النيابة المختصة .

- أن يكون التليس واقعاً قبل إجراءات التحقيق .
- أن يجري اكتشاف الجريمة بوسيلة مشروعة .
- أن يتحقق مأمور الضبط بنفسه من ارتكاب الجاني الجريمة لا أن يكون ذلك عن طريق السماع من الغير .

رابعاً : التفتيش في أحوال الاستيفاف والتخلى

قد يقوم رجل الضبط بعمل إجراء ليس من إجراءات الضبط كأن يقوم بالاستيفاف مثلاً وعند الاستيفاف يقوم المتهم باخراج جسم الجريمة والقائه أو أن يشاهد المتهم رجال الضبط القضائي قادمين نحو مكان ارتكاب الجريمة أو لتفتيش فيها بناء على إذن قضائي فيقوم أحد الأفراد بالعدو والقائه مخدراً أو ما شابه ذلك فإن هذا التخلى الإرادي من جانب شخص المتهم فإن ذلك يجيز لمأمور الضبط القضائي إجراء القبض والتفتيش .

« طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ جلسة ٧٧/٤/١٥ وطعن رقم ٦٩ لسنة ٢٨ » .

خامساً : الرضا بالتفتيش

إن تقدير رضا المتهم بالتفتيش مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها ويجب أن يكون الرضا حاصل للتفتيش حراً وبعد العلم بظروف التفتيش وبأن من يريد إجراءه لا يملك إذن .

« طعن رقم ٨٩٢ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٣٩/٤/١٧ » .

ويجوز إثبات الرضا بالتفتيش بشهادة رجل الضبط القضائي .

« طعن رقم ١٥٦٨ لسنة ١١ جلسة ١٩٤١/٦/٢ » .

كما أن هذا الرضا لا يشترط فيه إثبات بالكتابة كما أن الزوجة تعتبر وكيله عن زوجها والحائزة فعلاً للسكنه في غيبته قلها أن تأذن بتفتيش المسكن في غياب زوجها .

« الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٦ جلسة ١٩٥٦/٤/٩ » .

ويجوز للوالد الذي يقيم بصفة مستمرة مع ولده في منزل واحد أن يسمح بتفتيش المنزل .

« الطعن رقم ٢٦/٨١٤ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٣ » .

الحل التشريعي لمشكلة الإرهاب

بقلم
مقدم. دكتور / محمد الغنام

الإرهاب ، إذ أن بعض الإرهابيين سوف يلجأون إلى البلدان الأخرى ويستمرون من هناك فى القيام بعمليات إرهابية ضد مصالح الدولة الخصم ضد تمثيلها ومبعوثيها الدبلوماسيين انتظاراً للفرصة المناسبة للعودة إلى القيام بالعمليات للإرهابية داخل الداخل الدولة الخصم نفسها .

وأيضاً : يمكن التخلص من الإرهاب عن طريق التوصل إلى حل سياسى يتضمن قبول بعض المطالب الأساسية والصادلة لجساعات وطوائف معينة من الشعب ، وهو ما يؤدي إلى إزالة أسباب الخلاف الذى نشأ عنه الإرهاب ، وتزع الفتيل الذى أشعل نار الثورة والعصيان .

ولقد حقق هذا الحل السياسى نجاحاً باهر فى حالات معينة ، منها مثلاً حالة إقليم ألتو أديجي (Sud tirol) Alto Adige فى إيطاليا إذ أتاحت موافقة البرلمان الإيطالى عام ١٩٧١م على منح الإقليم الحكم الذاتى إنها الصراع المسلح وأعمال الإرهاب التى شهدتها المنطقة .

إلا أن هذا النجاح الذى تحقق فى حالات معينة لا يجب أن يجعلنا نفعل عن أن هذا الحل السياسى لم يلق إلا نجاحاً محدوداً فى حالات أخرى كثيرة . وذلك بالنظر إلى أنه يوجد دائماً بين الإرهابيين من يرفضون قبول أى حل وسط ، ويصرون على تحقيق أهدافهم كاملة . ويمكننا أن نجد مثال ذلك فى أسبانيا فرغم ما قامت به الحكومة الأسبانية لضمان قدر كبير من الحكم الذاتى لإقليم الباسك فإن بعض إرهابى منظمة « إيتا » رفضوا التخلي عن العمل المسلح إلا إذا تحققت أهدافهم كاملة باستقلال إقليم الباسك .

ومع ذلك يبقى لمثل هذا الحل السياسى فضل التخفيف من حدة العمل الإرهابى وتقليص التأييد الشعبى للإرهابيين .

تسعى الدول التى تعاني من الإرهاب إلى البحث عن طريق للخلاص ، وتتطلع لإيجاد حل لتلك المشكلة التى ترك آثاراً مدمرة على حياة الجماعة واستقرارها .

وأستطيع القول - من خلال دراسة واستعراض الظاهرة الإرهابية فى العديد من الدول - أن حل تلك المشكلة يمكن أن يأتى من خلال عدة طرق :

أولاً : أن يتوصل الإرهابيون إلى حل المشكلة على طريقتهم الخاصة ، أى من خلال نجاحهم فى تحقيق أهدافهم ، وبالتالي تخليهم عن العنف الذى لم يعد ضرورياً .

والواقع أن حل مشكلة الإرهاب بهذه الطريقة يصعب أن يتحقق ، فالإرهاب لا يستطيع أن ينتصر إلا إذا نجح فى التحول إلى ثورة شعبية عامة ، ومن الصعب عملياً أن تتوافر الظروف اللازمة التى يمكن فى ظلها أن يتحول الإرهاب إلى ثورة شعبية .

وعليه فإن حل مشكلة الإرهاب من خلال انتصار الإرهابيين يبدو فرضاً بعيد التحقق .

ثانياً : أن يهزم الإرهابيون فيتخلوا عن العمل المسلح دون أن يبلغوا أهدافهم ، وهذا الفرض وإن كان أكثر احتمالاً من سابقه إلا أنه يبدو - مثله - صعب التحقق على الصعيد العملى ، إذ يستلزم حل مشكلة الإرهاب - على هذا النحو - أن يلقى الإرهابيون هزيمة كاملة على الصعيد العسكرى والفكرى .

ثالثاً : أن تتمكن الدولة من مطاردة الإرهابيين ، وحصر الإرهاب فى مناطق حدود الدولة ، وذلك من خلال عمل عسكرى مكثف ، ويمكن أن نجد أمثلة لدول لجأت إلى هذا الحل فى أمريكا الجنوبية .

وإن كان مثل هذا الحل لا يكفل التخلص من الإرهاب ، وإنما إزاحته من داخل البلاد إلى أطرافها وحدودها ، كما أن هذا الحل العسكرى لا يعنى نهاية

الثالث حيث لا يصلح تطبيقه إلا في بلاد معينة وفي ظل ظروف خاصة ولا يتجاوز أثره تفسير مكان الصراع ، فإنه يبقى لنا أن نبحث عن حل مشكلة الإرهاب في نطاق الحلول الثلاثة الأخيرة المتبقية .

ونستطيع أن نقرر - في هذا الخصوص - أن أبأ من تلك الحلول لا يكفي بمفرده لعلاج مشكلة الإرهاب ، إذ لا تقوى وسيلة واحدة على تقديم حل مرضٍ لمشكلة بمثل تعقد وتشعب مشكلة الإرهاب .

وعليه يصبح من الضروري أن يجتمع عدة وسائل ، وأن تتضافر الكثير من الجهود لحل تلك المشكلة ، فحل مشكلة الإرهاب لابد أن يكون متعدد الجوانب بحيث يشمل الحل السياسي ، والمواجهة القانونية ، والحل القائم على أسس علم التربية .

وفي إطار الحل متعدد الجوانب لمشكلة الإرهاب يبرز الحل التشريعي حيث اعتمدت كل الدول الديمقراطية التي عرفت الإرهاب بدرجة كبيرة في مواجهته على التشريعات والقواعد القانونية ، وأن المواجهة التشريعية قد لعبت دوراً فعالاً في التصدي لظاهرة الإرهاب .

كذلك فقد لجأت تلك الدول إلى اتباع سياسة تشريعية مميزة في مواجهة الجرائم الإرهابية قشلت في تخصيص الجريمة الإرهابية بنصوص وقواعد قانونية خاصة تلائم ذلك النوع الخاص من أنواع الإجرام وتستطيع مواجهة التطورات والأشكال الجديدة للعمل الإرهابي ، كما اعتمدت التشريعات الحديثة في مواجهة الإرهاب على اتباع سياسة تشريعية مزدوجة تقوم على الردع - من جانب - وعلى التشجيع والمكافأة من جانب آخر وقد حققت تلك السياسة المزدوجة نجاحاً واثبتت فعالية .

ورغم هذا التطور في مجال تشريعات مكافحة الإرهاب فمازال المشرع المصري غائباً عن هذا الميدان حيث لا يعرف تشريعنا تخصيص الجريمة الإرهابية بقواعد خاصة ، ولا زالت السياسة التشريعية المزدوجة

خاصة : تلجأ كثير من الدول الديمقراطية إلى مواجهة الإرهاب من خلال القواعد القانونية وذلك باعتباره أن الأعمال الإرهابية قتل جرائم خطيرة يجب مراجعتها من خلال القانون الجنائي .

ولقد حققت المواجهة التشريعية للإرهاب نجاحاً ملحوظاً وأسهمت بصورة أساسية في التصدي للإرهاب ولعل أوضح الأمثلة على ذلك ما حدث في إيطاليا حيث لعبت الأداة التشريعية دوراً حاسماً في التصدي والقضاء على الموجة الإرهابية العاتية التي شهدتها إيطاليا منذ أواخر الستينات .

ولكن - ومع ذلك - فإن الأداة التشريعية لا تقوى بمفردها على إيجاد حل كامل لمشكلة الإرهاب ، إذ سوف يبقى دائماً إرهابيون لم تستطع يد العدالة أن تصل إليهم أو هؤلاء الذين بالرغم من توصل العدالة إليهم وإدانتهم فإنهم يصرون على اختصارهم لطريق العمل الإرهابي سواء من داخل السجن (من خلال توجيه وتخطيط العمليات الإرهابية) ، أو بعد خروجهم من السجن .

سائماً ، يقدم لنا علم التربية طريقاً آخر للخلاص من الإرهاب ، فمن خلال تكاتف القوى السياسية الديمقراطية ووسائل الإعلام والنقابات المهنية ورجال الدين والجامعات والمدارس وكل المؤسسات الوطنية على تأكيد الديمقراطية ، ورفض العنف وغرس تلك القيم والمفاهيم في نفوس النشء والشباب فإنه يمكن تجنب وقوع عدد كبير من الشباب في براثن الإرهاب .

ومع ذلك يبقى واضحاً أن مثل هذا الطريق للخلاص من الإرهاب هو طريق طويل جداً يكتنفه العديد من الصعوبات البالغة ، ولا يعطى نتائج إلا على المدى الطويل وبصورة تدريجية .

إذا استبعدنا الحلين : الأول والثاني حيث يمثلان حالتين خاصتين استثنائيتين ، وإذا استبعدنا بمثل الحل

لمكافحة الإرهاب - ورغم ما حققته من نتائج باهرة - لا تجد مكاناً في تشريعنا .

الحجج المؤيدة لوجهة نظرنا حول ملازمة أعمال السياسة التشريعية المزدوجة :

نستند في تأييدنا وطالبنا بإعمال سياسة تشريعية مزدوجة في مكافحة الإرهاب (تقوم من جانب على تقليط العقاب على مرتكبي جرائم الإرهاب ، ومن جانب آخر على تقرير مكافأة تتمثل في الإعفاء من العقاب أو تخفيفه لمن يتفصل عن العمل الإرهابي) إلى اعتبارات شرعية وقانونية وسياسية وعلمية .

أولاً : من الناحية الشرعية :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً ، أن يُقتلوا أو يُصلبوا أو تُقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم »

سورة المائدة آية رقم ٣٣

عرف التشريع الإسلامي السياسة التشريعية المزدوجة القانصة - من جانب - على تشديد العقاب - ومن جانب آخر - على المكافأة .

بل أكثر من ذلك فإن إعمال تلك السياسة تبدي أوضح ما يكون في نوعية خاصة من الجرائم تقترب خصائصها من خصائص الجريمة الإرهابية وهي جريمة الخرابة وقطع الطريق وإخافة السبيل ، فمن أشهر السلاح في فئة الإسلام ، وأخاف السبيل ثم ظفر به وقدر عليه قيام المسلمين له فيه بالخييار إن شاء قتله وإن شاء صلبه ، وإن شاء قطع يده ورجله ^(١) .

ويبدو من تلك العقوبات تشدد الشارع الإسلامي وتقليطه للعقوبة في تلك النوعية من الجرائم .

نستطيع أن نرصد من جانب آخر الاتجاه التشجيعي في قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » . وعليه فإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم فإنه يسقط عنهم انحنام القتل والصلب وقطع الرجل وقطع اليد وعلى هذا جرى عمل الصحابة ^(٢) .

ثانياً : من الناحية القانونية

لا يوجد أي تعارض بين الاتجاه التشديدي والاتجاه لتقرير مكافآت للإرهابيين التائبين ، فكلالاتجاهين يتكاملان ويعلان في تناسق لتدعيم الردع العام ، وإن كانت أداة الردع العام التي تكفلها قوانين التوبة من طبيعة مختلفة لأنها لا تحقق الردع العام من خلال « التخويف Intimidazione » ولكن من خلال « التشجيع وتقدير الحوافز Incentivazione » .

فلا يوجد أي تعارض بين تدعيم « التخويف » (أي التهديد بالعقوبة) وبين تقرير قواعد تشجيعية فكل الأمرين يشكّلان وجهين لعملة واحدة ، فبينما تساهم وسائل « التخويف » في تحقيق الردع العام حيث إنها توجه إلى جميع أفراد المجتمع دون تمييز ، فإن وسائل التشجيع والتحفيز - التي تقدمها قوانين التوبة - تهدف إلى الحصول على انقاط سلوك مفيدة اجتماعياً من الأفراد الذين تورطوا بالفعل في العمل الإجرامي ، وبذلك تتكامل الآداتان لتحقيق الردع العام بصفة عامة .

(١) « تفسير القرآن العظيم » لابن كثير - الجزء الثاني - دار الجيل - بيروت ص ٤٨ .

(٢) كان حارثة بن بدر التميمي من أهل البصرة وكان قد أفسد في الأرض وحارب فكلّم رجلاً من قريش منهم الحسن بن علي وابن عباس وعبد الله بن جعفر فكلّموا علياً فيه فلم يؤمنه فأتى سعيد بن قيس الهمداني فخلقه في داره ثم أتى علياً فقال : يا أسير المؤمنين أ رأيت من حارب الله ورسوله وسعى في الأرض فساداً فقرأ حتى بلغ : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » فكتب له علياً أمّاتاً . (انظر ابن كثير - الجزء الثاني ص ٤٩ - ٥٠) .

فإنه يلاحظ - من جانب آخر - أن التصاعد والتشديد المستمر للعقوبات لا يسمح بتحقيق كل أهداف الردع العام بل وقد يحول دون تحقيقها ، فإذا أخذنا في اعتبارنا أن تأثير تشديد العقاب على الإرهابيين وعلى اختصارهم للعمل الإرهابي يبدو محدوداً ، حيث أن فئة الإرهابيين تتسم بخصم حساسية تجاه سياسة الزجر من خلال تشديد العقاب ، فأقصى العقوبات وهي عقوبة الإعدام قد لا تخيفهم ، فالموت يحولهم من أفراد من عامة الشعب إلى أبطال ومن مجرّد أشخاص إلى رموز ، هذا فضلاً عن أن تشديد العقاب يدفعهم إلى الاستماتة في مقاومة رجال الأمن .

وهكذا نجد أن تصاعد الإرهاب وسياسة الاقتصاص على تشديد العقوبات لا يعملان في اتجاهين متضادين دائماً ، وإنما ينتهيان - في كثير من الحالات - ليمصلا في نفس الاتجاه ، ولخلق وضع يضر بأمن واستقرار المجتمع وعليه فإن إدخال قوانين التوبة ضمن تشريعات مواجهة الإرهاب تشكل عنصراً أساسياً لا غنى عنه لضمان فاعلية المكافحة التشريعية لتلك الظاهرة .

ولقد أدركت معظم دول العالم التي تعرضت أو تتعرض لأعمال إرهابية ضرورة إدخال تشريعات وقوانين للتوبة والعفو فلجأت إيطاليا إليها وأعلنتها بتوسع وحذت حذوها في ذلك - وإن كان بدرجة أقل - فرنسا وإسبانيا ، ولم يقتصر اللجوء إلى ذلك النوع من القوانين على الدول التي تتبع النظام القانوني اللاتيني ، بل عرفتته أيضاً الدول ذات النظام الانجلوساكسوني فأخذت به المملكة المتحدة وتوسعت في تطبيقه وإعماله بالنسبة للإرهابيين الثابتهن الذين يتعاونون مع السلطات (Superglass) .

والواقع فإن القواعد القانونية الخاصة بالتوبة ، ورغم أنها قد تبدو - للوهلة الأولى - أقرب لأن تكون أداة من أدوات الردع الخاص ، إلا أن النظرة المتأنية تكشف عن أن دور تلك القواعد كدابة للردع العام يغلب على دورها في الردع الخاص . إذ تتميز بصورة واضحة عن الجوائز والمكافآت التي تشكل أدوات للردع الخاص والتي يعتبر هدف منع أو تخفيف الإخلال الناتج عن الجريمة أو تدعيم وظيفة القمع الجنائي هدفاً غريباً عنها حيث يقتصر دورها على تحقيق إعادة إدماج الجاني في المجتمع من خلال نظام التأهيل النفسي التقليدي .

وإذا كانت الحاجة لتحقيق الردع العام يمكن أن تتحقق بصورة أفضل بإعمال القواعد الشددة جنباً إلى جنب مع القواعد المقررة للجوائز والمكافآت ، فإن الحاجة لتحقيق هذا الهدف في مواجهة جرائم الإرهاب - بالذات - يعتمد بدرجة أكبر على اجتماع الأداتين التشديدية والتشجيعية ، ففي مواجهة ظاهرة معقدة مثل الإرهاب فإن كفالة ردع عام فعالاً لا تتأتى من خلال تدخل ذي جانب واحد وإنما تحتاج إلى تدخل متعدد الجوانب ، وعليه فإن تقرير المشرع لحالات الإعفاء من العقاب أو تخفيفه - بالنسبة للإرهابيين الثابتهن - إلى جانب قوانين القمع وتشديد العقاب إنما يمثل سياسة جنائية حكيمة في مواجهة جرائم الإرهاب .

فإذا كان تشديد العقاب يبدو مفيداً من خلال دوره الإعلامي في طمأنة وتهنئة الرأي العام الذي لابد وأن ينتابه الفزع من جراء الاعتداءات الإرهابية ، ومن خلال دوره كرمز يشير إلى جدية وحزم الدولة في مواجهتها لجرائم الإرهاب ويعكس وعيها بمدى خطورة وجسامة تلك الجرائم ومدى أهمية المصالح المعتبرة عليها ، وكذا من خلال دوره كدابة للردع العام تعمل لحماية الأخلاق وتدعيم الوعي بين أفراد المجتمع وتشكل مانعاً يحول دون تورط البعض في العمل الإرهابي ، « وهي اعتبارات لا تستطيع أي سياسة جنائية منطقية أن تغاضي عنها » .

الإرهابي ، كما أن انفصال بعض الإرهابيين عن العمل الإرهابي وتعاونهم مع العدالة يمكن أن يشير الكثير من الشكوك عند عامة الشعب حول مصداقية الإرهابيين وصحة مزاعمهم ، وهو ما يعنى - على الصعيد السياسي - توجيه لكمة قاسية لمستقبل العمل الإرهابي .

رابعا : الاعتبارات العملية

إذا كان تأييدنا لتبنى سياسة تشريعية مزدوجة فى مكافحة الإرهاب يجد بعض دواعيه فى الاعتبارات القانونية والسياسية التى عرضنا لها فإن الحاجة العملية أيضاً تلى اتباع تلك السياسة المزدوجة التى لا تقتصر على الردع وإنما تفسح حيزاً كبيراً للمكافأة والتشجيع . فوجود قوانين تفتح أمام الإرهابيين أبواب التوبة بشكل ضيقاً نسبياً على أعضاء المنظمات الإرهابية حيث يجدون فيها فرصة للخروج عن العمل المسلح ، كذلك فإن تلك القوانين تستغل لحظات الضعف التى يمكن أن تنتاب أى إنسان مهما كانت درجة اعتقاده فى مبادئه . معينة أو إخلاصه لها . فضلاً عن أنها تشكل عامل إغراء للأشخاص المنحرفين عن تورتوا فى العمل الإرهابي إذ تتيح لهم فرصة التراجع . كذلك فإن وجود قوانين التوبة يمكن أن يشير داخل المنظمات الإرهابية حالة فى الشك ، وعدم الثقة المتبادل بين أعضائها ، مما يساهم فى زرع بذور الشقاق والخلاف داخلها وبالتالي إضعافها والحد من قدرتها .

كل هذا فضلاً عن المعلومات الهامة التى يمكن أن تحصل عليها الشرطة من الإرهابيين التائبين الراغبين فى الاستفادة من قوانين التوبة .

وفضلاً عن كل ما سبق فإن القواعد القانونية الخاصة بالتوبة - والتى عرفتها العديد من التشريعات فى كثير من المجالات وبصفة خاصة فيما يتعلق بمكافحة الإرهاب - تقفل تحولاً ملحوظاً فى الفكر القانوني المعاصر ، إذ تشكل انتقالاً من المحور الموضوعي القائم على درجة جسامته الجرمية إلى المحور الشخصى المؤسس على إمكانية أو مدى احتمال ابتعاد الجاني عن مآذيه الأثم وقابليته للإصلاح .

ثالثاً : الاعتبارات السياسية

تتضمن السياسة التشريعية الحديثة المزدوجة المؤسسة على الردع والمكافأة مغزى ومعنى جدير بالتقدير على الصعيد السياسي ، فهو يعنى أن الدولة قد تجاوزت السياسة القصيرة النظر والتى تعتبر العمل العسكى والشرطى هو الأسلوب الوحيد لمواجهة التحدى الإرهابي .

كما أن قوانين التوبة تساعد فى خلع أزمة سياسية « داخل الجماعات والمنظمات الإرهابية » ، إذ تمكس صَاح الدولة الديمقراطية ورغبتها فى المصالحة ، وحرصها على استعادة من ضل الطريق من مواطنيها وإعادةه إلى نطاق الشرعية ، وهو الموقف الذى لابد وأن يلتقى قدرأ - حتى ولو كان محدوداً - من الاستجابة والتجاوب من بعض أعضاء المنظمات الإرهابية مع ما يستتبعه ذلك من انعكاس هذا التجاوب فى صورة خلاف سياسى داخل تلك المنظمات .

كذلك فإن انفصال الإرهابيين وتعاونهم مع العدالة لا يمثل فقط نجاحاً من الناحية القانونية ولكنه يعكس بالمثل نجاحاً سياسياً ، فالتوبة تجد قيمتها من الناحية السياسية فى النقد الذاتى من جانب القاتب لماضيه

المعاملة الضريبية

لشركات قطاع

الأعمال العام

الأستاذ / حكيم أسكندر منصور

المحاضر بالتقاضي

أولاً: قبل صدور القانون

كان الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ يتضمن في هيئات القطاع العام وشركات القطاع العام التابعة لهذه الهيئات والتي كانت خاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ .

وكانت المعاملة الضريبية لهيئات القطاع العام قاصرة على ما تزاوله من نشاط يخضع للضريبة في حكم البند رقم (٤) من المادة رقم ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ والذي يتخذ صورة مشاركة هذه الهيئات في بعض المشروعات التي تكسبها حقاً فيما يحققه من أرباح كمشاركة الهيئة المصرية العامة للبترول مثلاً للمشاركت التي تعمل في مجال البحث والتقيب عن البترول بموجب الاتفاقيات التي تعقدتها الحكومة لهذا الغرض والتي تنص في حالة اكتشاف البترول بشكل تجاري على تكوين شركة بين الهيئة المذكورة والشركة المكتبة عن البترول تقسم بموجبها الهيئة مع شركة البترول الناتج وتتصرف فيه بما يحقق لها من ذلك إيراداً يخضع صافيه للضريبة بالشروط والأوضاع التي تبينها اتفاقية الامتياز البترولي وأحكام القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ التي لا تتعارض معها ذلك لأن اتفاقيات البترول تعرض على مجلس الشعب لإقرارها وتصدر بموجب بقانون يصدره رئيس الجمهورية وتكون لأحكامها قوة القانون فيما يتعلق بالمعاملة الضريبية لطرفيها استثناءً من قوانين الضرائب التي تتعارض أحكامها معها .

أو يتخذ ذلك صور أخرى كذلك التي تنشأ عن إبرام بعض الهيئات كهيئة كهرباء مصر وهيئة المواصلات السليكية واللاسليكية وهيئة سكك حديد مصر وهيئة ميناء أسكندرية وغيرها من الهيئات من عقود مع بعض الشركات الأجنبية على توريد معدات أو أجهزة أو تنفيذ مشروعات معينة ينص فيها على التزام الهيئة بالضرائب التي تستحق في مصر على الشركة المنفذة للعقد كلياً أو جزئياً والتي يترتب عليها في حالة اقرار مصلحة الضرائب لهذا الاتفاق حلول الهيئة محل الشركة المتعاقد معها في دين الضريبة التي تستحق على الربح

صدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام ، ونص في مادته الثالثة عشر على أن ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره ، وقد نشر بالجريدة ، بالعدد رقم ٢٤ مكرر بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٩١ وعلى ذلك فإن العمل به قد بدأ من يوم ١٩ يوليو ١٩٩١ :

وقد نص في مادته الثانية عشر على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء اللائحة التنفيذية للقانون المرافق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ باصدار اللائحة التنفيذية المشار إليها ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٤٤ (تابع) بتاريخ ٣١ أكتوبر ١٩٩١ .

وقد تضمن القانون المذكور ولائحته التنفيذية القواعد المنظمة لطائفتين من شركات قطاع الأعمال هما :

- شركات قطاع الأعمال العام القابضة .
- شركات قطاع الأعمال العام التابعة .

وقد اشتمل القانون واللائحة على القواعد الخاصة بتأسيس الشركات ومجلس الإدارة والجمعية العامة والنظام المالي للشركة ومراقبة حساباتها وقد اشتملت القواعد الخاصة بالشركات التابعة إلى جانب القواعد المذكورة على القواعد الخاصة برأس مال الشركة واسهمها .

كما تضمن القانون أحكاماً عامة بشأن اندماج وتقسيم وانقضاء وتصفية الشركات القابضة والشركات التابعة لها ، وكذا بشأن قواعد التحكيم ، ونظام العاملين فيها والعقوبات المقررة على مخالفة أحكامه .

وفي مجال التعرف على المعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام فإنه يتعين - في رأينا - دراسة الوضع قبل صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ولائحته التنفيذية ثم الوضع بعد صدوره بالنسبة لكل من شركات قطاع الأعمال القابضة وشركات قطاع الأعمال التابعة .

القطاع العام وشركات القطاع العام التي تشرف عليها أصبح بعد صدور القانون في شكل شركات قطاع أعمال قابضة شركات قطاع أعمال تابعة وتكون المعاملة الضريبية بالنسبة لكل من هاتين الطائفتين تسند إلى اعتبارين أحدهما واقعي والثاني قانوني وسنعرض لكل من هذين الاعتبارين على النحو التالي :

١ - الاعتبار الواقعي :

إن الضريبة لا تنشأ إلا بتوافر الواقعة المنشئة لها وهي واقعة تحقق الربح بمعنى أن الضريبة تدور وجوداً أو عدماً مع الربح وعلى ذلك فإنه حيثما يكون في الإمكان تحقيق ربح ما يخضع للضريبة فإنه يؤدي إلى وجود علاقة ضريبية بين الشركة وبين مصلحة الضرائب على أن قاعدة تحقق الربح لا تعد واقعة منشئة للضريبة على إطلاقها فقد يتحقق ربح دون أن تصيبه الضريبة وذلك كالأحوال التي أعفى فيها المشرع الضريبة أرباح بعض المشروعات من الضريبة على النحو المبين بالمادة ١٢٠ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضريبة على الدخل أو أرباح المشروعات التي تنشأ في ظل قانون استثمار المال العربي والأجنبي الذي يعفى أرباحها من الضريبة لمدة معينة خمس أو عشر سنوات وكذلك المشروعات التي تنشأ في المدن العمرانية الجديدة إلى غير ذلك من المشروعات المعفاة من الضريبة بنصوص خاصة يضيق المجال عن حصرها على أنه يمكن القول باستثناء الحالات المتقدم ذكرها فإن الضريبة تنشأ بتوافر الواقعة المنشئة لها وهي واقعة تحقق الربح .

وللتعرف على المعاملة الضريبية لكل من شركات قطاع الأعمال العام القابضة وشركات قطاع الأعمال التابعة فإنه يتعين الوقوف على مدى إمكانية تحقيق هذه الشركات للربح .

بالتصنيف لشركات قطاع الأعمال القابضة :

تنص المادة الأولى من القانون المرافق على أن تأخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة وتعتبر من أشخاص القانون الخاص ، ويحدد القرار الصادر بتأسيسها ، اسمها ومركزها الرئيسي ومدتها والغرض الذي انشئت من أجله ورأس مالها .

المحقق وفقاً لقواعد حوالة الدين المقررة بالمواد ٣١٥ وما بعدها من القانون المدني ، أو قواعد انقضاء الالتزام بمقابل الوفاء بالتصديق أو الإتيان المقررة بالمواد ٣٥٢ وما بعدها من القانون المدني على النحو المبين تفصيلاً في بحثنا عن هذا الموضوع بعنوان الطبيعة القانونية لاتفاق الممول مع غيره على تحمل دين الضريبة المنشور بمجلة المحاسب العدان الأول والثاني - يناير وفبراير ١٩٩٢ السنة الثانية والتصديق صفحة ١٢١ - ١٣٧ .

وهو ما يترتب عليه انتقال الالتزام بدين الضريبة إلى الهيئة وتنقل العلاقة بشأنه مع مصلحة الضرائب إليها حيث توجه لها إجراءات الربط والأداء للضريبة أما في الأحوال التي تقتصر فيها الهيئة على مجرد الاشراف على الشركات التابعة لها فإنه لا ينشأ عن ذلك علاقة بينها وبين مصلحة الضرائب وبالنسبة لشركات القطاع العام فقد كانت تخضع للضريبة بحكم البند رقم ٢ من المادة ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ كما كانت مرتبات ومكافآت رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة في كل من هيئات القطاع العام وشركات القطاع العام تخضع للضريبة على المرتبات بنص الفقرتين ١ ، ٣ من المادة ٥٥ من القانون سالف الذكر كما كانوا يخضعون للضريبة العامة على الدخل بنص المادة ٩٥ من القانون .

ثانياً : بعد صدور القانون

نصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن تحمل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ كما تحمل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون ودون حاجة إلى أي إجراء آخر وقد كان تاريخ العمل بهذا القانون - كما سبق البيان - في ١٩ يوليو ١٩٩١ أي أنه في ذلك التاريخ تحولت هيئات القطاع العام إلى شركات قابضة وتحولت الشركات التي كانت تشرف عليها هيئات القطاع العام إلى شركات تابعة ومن ثم يمكن القول بأن ما كان قبل صدور القانون يعرف بهيئات

١٩٩١ وكانت هذه الشركات تستثمر أموالها فيما يعود عليها بالربح فهي تشترك في مجال الاعتبار الواقعى للخضوع للضريبة - مع شركات قطاع الأعمال العام القابضة في أنه يتوافر لديها مكتة الاستثمار وتحقيق الربح وبالتالي توافر الواقعة المنشئة للضريبة يضاف إلى ذلك ما ورد في المادة ٣٢ من القانون من أن الأرباح الصافية للشركة هي الأرباح الناتجة عن العمليات التي باشرتھا الشركة وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح وتجنب كافة الاهلاكات والمخصصات التي تقضى الأصول المحاسبية بحسابها وتجنبها قبل اجراء أى توزيع بأى صورة من الصور للأرباح .

ومفاد ذلك أن الشركات قطاع الأعمال العام التابعة تباشر نشاطاً يمكن أن يحقق لها ربح مما يخضع للضريبة وبالتالي فإنها تلتزم بامساك لنشاطها حسابات تثبت وقائع عمليات الاستثمار وما أسفرت عنه من نتائج تعبر عنها حساباتها الختامية وبعد من واقعها الاقرار الذي يقدم إلى مصلحة الضرائب وأداء الضريبة طبقاً له شأنها في ذلك شأن اشخاص القانون الخاص كما تخضع أيضاً إلى إجراءات الفحص والربط الذي تجبره مصلحة الضرائب على اقراراتها وما يستتقر عنه ذلك من تعديلات وتصحيحات ويكون لها أيضاً الاعتراض والظعن على ما تجبره المصلحة من ذلك .

٢ - الاعتبار القانونى :

ان المعاملة الضريبية لشركات قطاع الاعمال العام تستند إلى ما ورد في القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ من أحكام تعد جسراً يؤدي إلى ماورد في القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل من أحكام ومن ثم تكون أحكام القانونين معاً هي الأساس القانونى للمعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام .

- نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١

نصت المادة الأولى من القانون المذكور باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن يعمل في شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق ، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتنص المادة الثانية من القانون المذكور على أن تتولى الشركة القابضة من خلال الشركات التابعة لها استثمار أموالها ، كما يكون لها عند الاقتضاء أن تقوم بالاستثمار بنفسها كما نصت على أن للشركة أيضاً في سبيل تحقيق اغراضها القيام بالأعمال الآتية :

- تأسيس شركات مساهمة مفردة أو بالاشتراك مع الاشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد
- شراء اسهم شركات المساهمة أو بيعها أو المساهمة في رأس مالها .
- تكوين وإدارة محفظة الاوراق المالية للشركة بما تتضمنه من أسهم وصكوك قبول وسندات وأية أدوات أو أصول مالية أخرى .

- اجراء جميع التصرفات التي من شأنها أن تساعد في تحقيق كل أو بعض اغراضها .

وظاهر من هذه النصوص أن القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ قد أعطى شركات قطاع الأعمال العام القابضة مكتة الاستثمار وتحقيق الربح وبالتالي ما ينشأ عن ذلك من الالتزام بالضريبة المستحقة عنه وما يستلزمه وذلك من أن يكون لها ميزانية وحسابات ختامية تستند إلى سجلات تثبت فيها وقائع هذا الاستثمار وما أسفر عنه من نتائج يوضحها حساب الأرباح والخسائر يتم عرضها على الجمعية العامة للشركة للتصديق عليها والموافقة على توزيع الأرباح على النحو المبين في المادة العاشرة من القانون .

ولما كانت هذه الشركات تعد من أشخاص القانون الخاص فإنه يسرى عليها ما يسرى على هؤلاء الأشخاص من الإلتزام بتقديم الإقرارات الضريبية في نهاية كل سنة مالية وأداء الضريبة المستحقة من واقعها كما تخضع لإجراءات الفحص والربط الذي تجبره مصلحة الضرائب نتيجة مراجعة حساباتها واقراراتها كما يكون لها حق الاعتراض والظعن على ما تجبره المصلحة من تعديلات أو تصحيح للإقرار .

بالنسبة لشركات قطاع الأعمال العام التابعة :

لما كانت هذه الشركات قد حلت محل شركات القطاع العام التي كانت قائمة قبل صدور القانون ٢٠٣ لسنة

وتقييم أدائها طبقاً لقانونه (المادتين ١٥ ، ٣٥ من القانون والمادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية) .

ونصت اللائحة التنفيذية للقانون على أن تعرض قائمة نتائج أعمال تبيين الإيرادات الفعلية والأنشطة المختلفة والمصروفات المتنوعة والغائض قبل الضرائب (مادة ١/٦٨) .

كما نصت على أنه يجب أن يتضمن التقرير الذي يعده مجلس الإدارة عن إنجازات الشركة ومركزها المالي البيانات الواردة بالملاحق رقم (٤) « صحته رقم (١) » المرفق باللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (مادة ٧٣) .

وفيما يتعلق بأحكام الجمعية العامة الواردة في الفصل الثالث من الباب الأول من القانون بالنسبة للشركات القابضة والواردة في الفصل الرابع من الباب الثاني بالنسبة للشركات التابعة التي يمكن أن يكون لها انعكاس في مجال المعاملة الضريبية فقد تضمنت النص على اختصاص الجمعية العامة العادية بالتصديق على تقرير مجلس إدارة الشركة والتصديق على الميزانية والحسابات الختامية للشركة والموافقة على توزيع الأرباح (المادتين ١٠ ، ٢٧) .

كما نصت اللائحة التنفيذية للقانون على أن يجتمع الجمعية العادية خلال ستة أشهر من إنهاء السنة المالية للشركة للنظر في مسائل من بينها تقرير مراقبي الحسابات والتصديق على تقرير مجلس الإدارة عن نشاط الشركة والتصديق على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر والحسابات الختامية للشركة (المادتين ٢٢ ، ٦٣)

نصوص القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل :

نظم الكتاب الثاني من هذا القانون أحكام الضريبة على أرباح شركات الأموال وتضمن الباب الأول من هذا الكتاب أحكام نطاق الضريبة وسعرها فنص في المادة ١١١ منه على أن تفرض ضريبة سنوية على صافي الأرباح الكلية لشركات الأموال المشتغلة في مصر أيا كان الغرض منها .

وتتخذ هذه الشركات بنوعيتها شكل شركات المساهمة ويسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه ، نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ونصت المادة السابعة من قانون الاصدار المذكور على أنه لا يجوز حرمان الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون من اية مزايا أو تحصيلها بأية أعباء تخل بالمساواة بينها وبين شركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ التي تعمل في ذات النشاط .

وقد تضمن الفصل الرابع من الباب الأول من قانون شركات قطاع الأعمال العام في المواد من رقم (١٢) إلى رقم (١٥) أحكام النظام المالي ومراقبة حسابات الشركة القابضة ، كما تضمن الفصل الخامس من الباب الثاني أحكام النظام المالي ومراقبة حسابات الشركة التابعة في المواد من رقم (٣١) إلى رقم (٣٥) .

وأهم ما ورد في هذه الأحكام ما نص على أن يحدد النظام الأساسي بداية ونهاية السنة المالية للشركة ، مع مراعاة بالنسبة للشركات التابعة السنة المالية للشركة القابضة التي تتبعها (المادتين ١٢ ، ٣١) .

وأن تعد الشركة القابضة قوائم مالية مجمعة تعرض اصول والتزامات وحقوق المساهمين وإيرادات ومصروفات واستخدامات الشركة والشركات التابعة لها وفقاً للأوضاع والشروط والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية (مادة ١٣) .

وقد نصت اللائحة التنفيذية على أن يكون اعداد هذه القوائم وفقاً للشروط والأوضاع والبيانات الواردة بالملاحق رقم (٥) المرفق باللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (مادة ٣٣) .

وتضمنت الأحكام الخاصة بمراقبة الحسابات أن يتولى الجهاز المركزي للمحاسبات مراقبة حسابات الشركة

ومن بين الفئات المهيئة في البنود الأربعة التي نصت المادة المذكورة على أن تسرى الضريبة عليهم شركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الواردة في البند رقم ١ .

وتضمن الباب الرابع من الكتاب المذكور الأحكام الخاصة بتقديم الاقرارات الضريبية فنص في المادة ١٢١ منه بأنه على الجهات المنصوص عليها في البنود ١ ، ٣ من المادة ١١١ من هذا القانون أن تقدم إلى مأمورية الضرائب المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اقرار الجمعية العامة للحساب السنوي أو خلال ثلاثين يوماً من التاريخ المحدد في نظام الشركة لتصدق الجمعية العامة عليه إقراراً مهيئاً به مقدار أرباحها أو خسائرها حسب الأحوال معتمداً من أحد المحاسبين المقيدين بالسجل العام للمحاسبين والمراجعين طبقاً لأحكام القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥٦ بمزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة مرفقاً به صورة من حساب التشغيل والتجارة والأرباح والخسائر وصورة من آخر ميزانية معتمدة وكشف ببيان الاستهلاكات التي أجرتها الشركة مع بيان المبادئ المحاسبية التي بنيت عليها جميع الأرقام الواردة في الإقرار ويجب أن تكون جميع هذه الأوراق موقعة من المحاسب المشار اليه بما يفيد أنها تمثل المركز المالي الحقيقي للشركة وتؤدي الضريبة من واقع الإقرار في الميعاد المحدد لتدقيده .

وقد بينت المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ كيفية تقديم الإقرار وما يرفق به من أوراق ومستندات بالتفصيل وما يترتب على اعتماده من أحد المحاسبين المشار اليهم من آثار ووجوب أن يشمل تقريره عليها أية مخالفات لأحكام القانون .

الجسر الذي يربط بين نصوص القانونين :

ان الجسر الذي يربط بين نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ونصوص القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل . والذي يعد الأساس القانوني لخضوع شركات قطاع الأعمال العام للضريبة هو الشكل الذي نص قانون شركات قطاع الأعمال على أن تتخذه

شركات هذا القطاع بتوحيها القابضة والتابعة وهو شكل شركات المساهمة وأن يسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وما لا يتعارض مع أحكامه نص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ولم تتضمن نصوص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ أى نص خاص كما لم يتضمن القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ أى نص يتعارض معه يمنع من أن يسرى على شركات قطاع الأعمال بتوحيها القابضة والتابعة ما يسرى على شركات المساهمة من أحكام المادة ١١١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل وبالتالي يمكن القول بأن شركات قطاع الأعمال العام تخضع للضريبة على أرباح شركات الأموال ، وأن الأساس القانوني لذلك هو أنها تندرج تحت الجهات المهيئة في البند (١) من المادة ١١١ من القانون المذكور باعتبار أنها متخذة شكل شركات المساهمة الخاضعة للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

أنواع المعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام

متى كانت شركات قطاع الأعمال العام بتوحيها القابضة والتابعة تخضع للضريبة على أرباح شركات الأموال على النحو الذي خلصنا إليه فيما سبق فإن المعاملة الضريبية لا تقتصر على هذا النوع من الضرائب فقط ، بل يترتب على ذلك وجود معاملات ضريبية أخرى تلغزم بها بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وغيره من القوانين الأخرى .

وعلى كل حال فإن المعاملة الضريبية لهذه الشركات تكون فيما يتعلق بالتزاماتها الضريبية كعمول للضريبة أو فيما يتعلق بالتزاماتها القانونية كمحصل للضريبة من غيرها من المولين .

التزامات شركات قطاع الأعمال العام كعمول للضريبة

١ - الضريبة على أرباح شركات الأموال :

تلتزم شركات قطاع الأعمال بتوحيها القابضة والتابعة بالضريبة على أرباح شركات الأموال باعتبارها

فإذا كان نشاط الشركة يتدرج تحت أى من هذه الفئات فأنتها تخضع لهذه الضريبة أما إذا كانت تعمل فى تجارة الجملة فتدخل فى المرحلة الثانية لتطبيق القانون بالإضافة إلى الفئات الواردة فى المرحلة الأولى وإذا كانت تعمل فى تجارة التجزئة فتدخل فى المرحلة الثالثة مع باقى الفئات الواردة فى المرحلتين الأولى والثانية .

الالتزامات القانونية لشركات قطاع الأعمال العام

هناك التزامات قانونية يفرضها القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل لتلتزم بها لا بوضعها محل للضريبة ولكن بوضعها لتلتزم بتحصيلها من الممولين الملتزمين بها وتوريدها إلى مصلحة الضرائب وستعرض لهذه الالتزامات حسبما وردت فى القانون المذكور ولاتحتة التنفيذية فى صدد الضرائب النوعية التى وردت بها هذه الالتزامات :

١ - الضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة مقابل حضور الجمعيات العامة ،

نص البند ٧ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تسرى هذه الضريبة على مقابل الحضور الذى يدفع للمساهمين متناسبة أنقصاد الجمعيات العامة .

ويلاحظ على هذا النص أنه قصر الحضور للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة على ما يدفع كمقابل حضور للمساهمين فى الشركة ذلك لأنه لم يكن يحق حضور الجمعيات العامة للشركات المساهمة إلا للمساهم فيها بنص المادة ٥٩ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الذى يقضى بأنه لكل مساهم الحق فى حضور الجمعية العامة للمساهمين بطريق الأصالة أو النيابة ولكن ما هو الوضع بالنسبة لأحكام الجمعية العامة الواردة فى القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ؟

فى شكل شركات المساهمة وهذه الضريبة تؤخذ على أرباح الشركة الصافية ويتعدد وعائها على النحو المبين فى المواد من ١١٣ - ١١٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ مع مراعاة الاعصافات الواردة فى المادتين ١١٩ ، ١٢٠ من القانون المذكور .

ويكون سعر الضريبة - طبقاً لنص المادة ١١٢ بواقع ٤٠٪ من صافى الأرباح الكلية السنوية للشركة وذلك فيما عدا :

(أ) أرباح الشركات الصناعية عن نشاطها الصناعى والأرباح الناتجة عن عمليات التصدير فيكون سعر الضريبة ٣٢٪ .

(ب) أرباح شركات البحث عن البترول وانتاجه من غير الجهات المنصوص عليها فى البند ٤ من المادة ١١١ من هذا القانون (الهيئات العامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة) فيكون سعر الضريبة بالنسبة ٥٥٪ .

٢ - رسم تنمية الموارد

تلتزم شركات قطاع الأعمال العام أيضاً بنوعيتها القابضة والتابعة بأداء رسم تنمية الموارد المقرر بالقانون ٤٧ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته ويؤخذ هذا الرسم على ذات وعاء الضريبة على أرباح شركات الأموال فيما يجاوز ١٨٠٠ جنيه من الوعاء المذكور .

٣ - ضرائب الدمغة ،

تلتزم أيضاً هذه الشركات بأداء ضرائب الدمغة بالشروط والأوضاع الواردة فى القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته ومن بينها الضريبة النسبية على رأس المال بواقع ١٢٪ من قيمته حالياً .

٤ - الضريبة العامة على المبيعات

تسرى كذلك أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون الضريبة العامة على المبيعات على شركات قطاع الأعمال العام حتى كانت من المكلفين بها فى المرحلة الأولى المطبقة حالياً وهم المنتج الصناعى والمستورد ومؤدى الخدمة .

على مقابل حضور الجمعيات العامة ، وصادام الأمر كذلك فما هي الضريبة النوعية التي تسرى على ما يتقاضاه أعضاء الجمعية العامة في شركات قطاع الاعمال العام القابضة ؟ .

الرأى عندنا - انه بالنسبة لرئيس الجمعية في هذه الشركات وهو الوزير المختص في تطبيق قانون شركات قطاع الأعمال العام والذي حدده قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٩١ وهو الدكتور / عاطف صدقي رئيس مجلس الوزراء فان ما يتقاضاه عن مقابل حضور اجتماعات الجمعية العامة ما يسرى على ما يحصل عليه من مرتبه الوظيفي وهو الضريبة على المرتبات .

وبالنسبة لباقي أعضاء الجمعية الذين يتراوح عددهم بين اثني عشر إلى اربعة عشر عضواً فقد نص كل من القانون واللائحة التنفيذية على أن يكون أحدهم من بين العاملين بوزارة المالية وواحد على الأقل يرشحه الاتحاد العام لنقابات العمال ومن ثم فإن أعضاء الجمعية من العاملين بوزارة المالية أو الممثلين لنقابات العمال هم من العاملين الذين يخضع ما يحصلون عليه للضريبة على المرتبات وعلى ذلك فان ما يحصلون عليه مقابل حضور اجتماعات الجمعيات العامة يخضع بدوره للضريبة على المرتبات .

أما باقي الأعضاء الذين نص القانون ولائحته التنفيذية على اختيارهم من بين ذوى الخبرة في مجال الأنشطة التي تقوم بها الشركات التابعة يخفرون على أساس الخبرة والسيرة الذاتية لكل مرشح منهم والانهجارات التي حققها في أعماله السابقة فهؤلاء يمكن أن يكونوا من أصحاب الأعمال أو المهن التجارية أو الصناعية أو غير التجارية هؤلاء يخضع ما يحصلون عليه مقابل حضور اجتماعات الجمعيات العامة - في رأينا - لذات الضريبة النوعية التي يخضع لها نشاطهم الأصلي . وإما ان يكونوا من العاملين في أجهزة الحكومة أو الهيئات العامة ففي هذه الحالة يخضع ما يحصلون عليه للضريبة على المرتبات .

صحيح أن هذا القانون قد نص على أن تتخذ الشركات المذكورة بنوعيتها القابضة والتابعة شكل شركات المساهمة وأن يسرى عليها ما يسرى على هذه الشركات من أحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ إلا انه قيد ذلك بما يرد بشأنه نص خاص في القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ وبما لا يتعارض مع أحكامه .

فقد نص القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ في شأن الجمعية العامة للشركات القابضة في المادة التاسعة على أن تتكون الجمعية العامة للشركة على النحو التالي :

١ - الوزير المختص رئيساً .

٢ - أعضاء من ذوى الخبرة في مجال الأنشطة التي تقوم بها الشركات التابعة للشركة القابضة لا يقل عددهم عن اثني عشر ولا يزيد عن أربعة عشر من بينهم ممثل واحد على الأقل مرشحه الاتحاد العام لنقابات عمال مصر يصدر باختيارهم قرار من رئيس الوزراء ويحدد القرار ما يتقاضونه من بدل حضور وفقاً للقواعد التي تمدها اللائحة التنفيذية .

وقد نصت الفقرة الاخيرة من المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية على أن ما يتقاضاه أعضاء الجمعية العامة من بدل حضور جلسات الجمعية لا يقل عن مائة جنيه ولا يزيد عن مائتى جنيه في الجلسة الواحدة وذلك بحسب حجم نشاط الشركة وطبيعة أعمالها .

لما كان ذلك وكان القانون في مادته الأولى قد نص على أن يصدر بتأسيس الشركة القابضة قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، ويكون رؤسائها مملوكاً بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، فان أعضاء الجمعية العامة في الشركات القابضة لا يكونوا من المساهمين ، في حكم البند ٧ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن سريان الضريبة على ايرادات القيم المنقولة

ما يمنح لرؤساء وأعضاء مجالس الإدارة :

باسنراض نصوص القانون الواردة فى البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ نجد أنها تحض ما يمنح لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة المخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ٨١ بشأن الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة من المرتبات والمكافآت والاجور والمزايا النقدية والعينية وبدلات الحضور وطبيعة العمل وغيرها من البدلات والهيات الأخرى على اختلاف انواعها للضريبة على إيرادات رؤوس الاموال المنقولة (بند ٨) وما يتقاضاه رؤساء وأعضاء مجالس الادارة المنتدبون أو المديرون عن ذلك مقابل عملهم الادارى لذات الضريبة باستثناء مبلغ قدره ٥٠٠ جنية لكل منهم يخضع للضريبة على المرتبات بالشروط والأوضاع المبينة فى البند ٤ من المادة ٥٥ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (بند ٩) كما اخضع بدلات التمثيل والاستقبال التى يحصل عليها هؤلاء فى الشركات المساهمة التى تزيد على ٣٠٠ جنية سنوياً لكل منهم للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة (بند ١٠) ويلاحظ على هذه النصوص أنها لم تشترط فيما يمنح لأعضاء مجالس الإدارة فى شركات المساهمة من المبالغ الواردة فى البند ٨ من المادة الأولى من هذا القانون أن يكونوا من المساهمين على نحو ما ورد بالنسبة للمديرين وأعضاء مجالس المراقبة أو الرقابة على شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الذى نصت على أن يكونوا من المساهمين يضاف إلى ذلك ما نص عليه البند ٩ من خضوع ما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتدبون فى الشركات المساهمة زيادة على المبالغ التى يتقاضاها أعضاء مجالس الإدارة الآخرون مقابل عملهم الإدارى فيما يزيد عن خمسة آلاف جنية فى السنة لكل منهم للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال رغم أن ما يمنح

إليهم عن ذلك هو مقابل عمل إدارى وكذلك بدلات التمثيل والاستقبال التى يحصل عليها هؤلاء . فهى أيضاً متناسبة لعملهم الادارى ومع ذلك فهى تخضع بنص القانون للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة ولم يتثنى القانون من الخضوع لهذه الضريبة عما يحصلون عليه مقابل عملهم الادارى سوى مبلغ ٥٠٠ جنية لتخضع للضريبة على المرتبات بشروط معينة حددها البند ٤ من المادة ٥٥ من القانون مما مصادف أن الأصل فيما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الادارة سواء عن عملهم الادارى أو عن غيره من الشركات المساهمة يخضع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة والاستثناء هو المبلغ المحدد وللأشخاص المحددين بالأسهم والذين لا يتجاوز عددهم ٤ ليخضع للضريبة على المرتبات وعلى ذلك فإنه يمكن القول بيقين أن ما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة فى شركات قطاع الأعمال المتفرغون وغير المتفرغين يخضع للضريبة على إيرادات رؤوس الاموال المنقولة بالشروط والأوضاع المبينة فى البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وفى هذا نختلف مع الكتاب الدورى رقم ١٦ لسنة ١٩٩٢ الذى أصدرته مصلحة الضرائب فى شأن المعاملة الضريبة للمبالغ التى تصرف لرؤساء وأعضاء مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال الذى انتهى رأيها فيه إلى أن جميع المبالغ التى يحصل عليها رئيس وأعضاء مجالس إدارة الشركات القابضة والتابعة عدا الاعضاء غير المتفرغين الذين يمثلون القطاع الخاص تخضع للضريبة على المرتبات .

كما نختلف مع ما يراه الدكتور عصمت عبد الكريم خليفه فيما ورد بدليل الضرائب - الجزء الأول - الذى أصدره الاهرام الاقتصادى مع العدد ١٦ - أول مارس ١٩٩٣ ، والذى يتفق مع ماورد فى الكتاب الدورى سالف الذكر الذى أصدرته مصلحة الضرائب وذلك للأسباب الآتية :

٩ . ١٠ من المادة الأولى ، ولم يستثن من الخضوع لهذه الضريبة سوى مبلغ محدد بقدر خمسة آلاف جنيه .
ليخضع للضريبة على المرتبات لعدد معين وأسماء محددة على النحو المبين في الهند ٤ من المادة ٥٥ من القانون .

وذلك كله يقطع بأن معيار الخضوع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة في تطبيق أحكام البنود ٨ ، ٩ ، ١٠ من المادة الأولى من القانون هو صفة متلقى الإيراد وليس سبب الحصول عليه ، وأن الأصل هو خضوع كل من ورد ذكرهم في هذه البنود لهذه الضريبة والاستثناء هو الوارد في الهند ٩ بالنسبة لما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتخبين أو المديرين زيادة عما يتقاضاه أعضاء مجالس الإدارة الآخرون في الحدود والشروط والأوضاع التي حددها المشرع في الهند ٤ من المادة ٥٥ لتخضع للضريبة على المرتبات .

ثالثاً : إن الكتاب الدوري رقم ١٦ لسنة ٩٢ الذي أصدرته مصلحة الضرائب قد اقتصر على المعاملة الضريبة لما يدفع لرؤساء وأعضاء مجالس الإدارة في شركات قطاع الأعمال العام ولم يتعرض لما يدفع عن مقابل الحضور بمناسبة انعقاد الجمعيات العامة لأعضاء هذه الجمعيات الذين نظم القانون رقم ٢٠٣ لسنة ٩١ قواعد تعيينهم .

على أننا وإن كنا نختلف في الرأي الذي انتهى إليه الكتاب الدوري رقم ١٦ لسنة ٩٢ لمصلحة الضرائب ورأي الشراح الذي يتفق معه إلا أننا نرى أن لهذا الرأي وجهته وأنه يتعين للأخذ به تعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بما يتفق وهذا الرأي .

٢ - الضريبة على المرتبات

تلتزم شركات قطاع الأعمال العام بنوعيتها القابضة والتابعة بتنفيذ أحكام المادتين ٦٥ ، ٦٦ من القانون

أولاً : كان ما انتهى إليه رأي مصلحة الضرائب في كتابها الدوري وكذا رأي الدكتور / عصمت عبد الكريم خليفه يستند إلى اجتهاد في تحديد المعاملة الضريبية لتكوين على أساس طبيعة ما يحصل عليه رئيس وأعضاء الجمعيات العامة في شركات قطاع الأعمال العام بنوعيتها القابضة والتابعة ليكون ما يحصلون عليه خاضعاً للضريبة على المرتبات متى كان ذلك مقابل عمل أو خدمة أدت ، في أي من الشركات القابضة أو التابعة ، وليكون ما يحصل عليه الممثلون لشركات أو أفراد القطاع الخاص المساهمون في الشركات التابعة خاضعاً للضريبة على إيرادات القيم المنقولة وحجتهم في ذلك أن ما يخضع للضريبة الأخيرة هو ناتج رؤوس الأموال من إيراد أما ناتج العمل فيخضع للضريبة على المرتبات وهذا الرأي محل نظر ذلك أنه من المقرر أنه لا يجوز التوسع في تفسير التشريعات المالية ومن بينها تشريعات الضرائب بل تفسر تفسيراً حرفياً شأنها في ذلك شأن التشريعات الجنائية .

ولم يشترط المشرع الضريبي الخضوع ما يحصل عليه أعضاء مجالس الإدارة في شركات المساهمة مما ورد في الهند ٨ من المادة الأولى من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ للضريبة على إيرادات القيم المنقولة إن يكون هؤلاء الأعضاء من المساهمين على نحو ما فعل بالنسبة للمديرين وأعضاء مجالس المراقبة أو الرقابة في شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة حيث حدد بصريح النص أن يكونوا من المساهمين وكذلك على نحو ما فعل في الهند ٧ من المادة المذكورة بشأن مقابل الحضور بمناسبة انعقاد الجمعيات العمومية إذ حده بما يدفع للمساهمين .

ثانياً : أن المشرع الضريبي قد اخضع للضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة ما يحصل عليه رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المنتخبين أو المديرين مقابل العمل الإداري وبدلات التمثيل والانتقال بنص البندين

رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بخصوص الإجراءات المنظمة للقرارات التي يلتزم بها صاحب العمل وبالمادة ٧٠ بخصوص قواعد تحصيل الضريبة وأدائها إلى مصلحة الضرائب والمادة ٧٢ بخصوص إجراءات الاعتراض والطعن على أنه من الملاحظ من التطبيق العملي بأموريات الضرائب لقواعد نطاق الضريبة وسعرها الواردة في المادتين ٦٥ ، ٦٦ من القانون وبعاء هذه الضريبة الذي يحدد طبقاً للمواد من ٥٧ - ٥٩ وكذا الاعفاء من الضريبة المنصوص عليه في المواد من ٦٠ - ٦٤ كثيراً ما يؤدي إلى اخضاع بعض بنود مصروفات الشركة كلياً أو جزئياً لهذه الضريبة من وجهة نظر المأمورية كمصروفات السفر والانتقال والاستقبال والضيافة وإيجارات سكن العاملين على أنها تعد ميزات عينيه تخضع للضريبة بسعر أعلى شريحه وهو ٢٢٪ مما يؤدي إلى تحمل الشركات إلى هذه الضريبة رغم أنها ليست الممول الأصلي لها كما ان المأموريات ولجان الطعن لا تتبع إجراءات الربط والاعتراض والطعن المنصوص عليها بالقانون رغم أنها من القواعد الأمره التي يترتب على مخالفتها البطلان وهناك منازعات بسبب هذه الإجراءات معروضه أمام القضاء في هذا الشأن سيترتب على الفصل فيها وضع الضرائب الصحيحه لهذه الاجراءات .

٣ - قواعد الخصم والاضافة :

لما كانت شركات قطاع الأعمال بنوعيتها القابضة والتابعة تأخذ شكل شركات المساهمة وتعد من اشخاص القانون الخاص طبقاً للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فإنه يسرى عليها نص الفقرة الاخيره من المادة ١٢٧ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن أحكام الخصم والاضافة والتحصيل لحساب الضريبة المضافة بالقانون

رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٣ والتي احالت في بيان هذه الأحكام إلى ما ورد في القسم الثاني من الفصل السادس من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بالمادة ٤٤ في شأن قواعد الخصم والوارد بالمادتين ٤٥ - ٤٧ في شأن قواعد الاضافة والمواد من ٤٨ - ٥١ في شأن قواعد التحصيل لحساب الضريبة والمادة ٥٣ بخصوص توريد المبالغ المحصنة لحساب الضريبة والمادة ٥٤ بهدم سريان هذه الأحكام جميعها على المنشآت المعفاة أو شمر الخاضعة للضريبة بمقتضى القانون خلال فترة عدم الخضوع أو الاعفاء مع التزامها بالخصم والإضافة بالنسبة لمعاملتها مع القطاع الخاص .

وعلى ذلك فإذا تعاملت إحدى شركات قطاع الأعمال العام بنوعيتها القابضة أو التابعة مع أى اشخاص القطاع الخاص فإنه يتعين عليها تطبيق قواعد الخصم والاضافة والتحصيل والتوريد الواردة في المواد سالفه الذكر بالنسب التي يجري خصمها المبيته في الجدول رقم (١) والنسب التي يجري اضافتها بالجدول رقم (٢) المرفقين بقرار وزير المالية رقم ١٦٦ لسنة ٨٢ والنسبة التي تخصم عند استرداد قيمة الصادرات والتي تحصل من قيمة الواردات تحت حساب الضريبة من اشخاص القطاع طبقاً لقرار وزير المالية رقم ١٧٠ لسنة ٨٢ والنسب التي تضاف إلى الايجارات التي تحصل عليها لحساب الضريبة طبقاً لقرار وزير المالية رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٢ .

وغنى عن البيان ان شركات قطاع الأعمال العام تلتزم بتقديم الاستثمارات الخاصة بهذه المعاملات إلى المأمورية المختصة واداء المبالغ من واقعها في المواعيد التي حددت قانوناً لذلك .

**الحماية الوقائية
للحيازة العرضية
دراسة مقارنة**

الأستاذ / أشرف مهدى مصطفى
المحامى

الفصل الأول : تعريف الحيابة العرضية وأحكامها

تمهيد وتقسيم

المبحث الأول : تعريف الحيابة

المطلب الأول : عنصرى الحيابة المادى والمعنوى .

المطلب الثانى : النظرية الشخصية والمادية فى

الحيابة وأثرهما على القانون

المدنى المصرى .

المبحث الثانى : تعريف الحيابة العرضية

المطلب الأول : مراتب الحيابة العرضية

المطلب الثانى : أحكام الحيابة العرضية

المبحث الثالث : تعريف الحيابة فى الشريعة الإسلامية

المطلب الأول : تعريف الحيابة العرضية فى

الشريعة الإسلامية

المطلب الثانى : حماية الحيابة العرضية فى

الشريعة الإسلامية

الفصل الثانى : المعالجة التشريعية لحماية الحيابة

العرضية .

المبحث الأول : الحماية الوقتية للحيابة وفقاً للقانون ٢٣

لسنة ١٩٩٢ .

المبحث الثانى : الطعن على القرار الصادر بشأن الحيابة

الخطية

الفصل الأول

تعريف الحيابة العرضية وأحكامها

تمهيد وتقسيم

نتعرض فى بحثنا هذا لتعريف الحيابة العرضية

وذلك باعتبار أن الحيابة العرضية تمثل صورة من صور

الحيابة بوجه عام ، ذلك أن المالك قد يكون هو الحائز

وبالتالى يجمع بين كونه مالكا للحق محل الحيابة

وأبضا حيازته وقد يكون المالك له حق الملكية أو الرقبة

وحق الانتفاع يقوم باستعماله حائز آخر والحيابة

العرضية لها صورتين أحدهما يكون الحائز العرضى

مجرد تابع للحائز الأصلى وهو المالك وبذلك فإنه

متصلاً اتصالاً يتبع أوامره وتعاليمه ويكون التابع أو

الوسيط مباشر الحيابة باسم الحائز الأصلى وفقاً لما تنص

عليه المادة ٩٥١ من القانون المدنى والصورة الأخرى هو

أن يكون للحائز العرضى سلطة تصرف كصاحب حق

الانتفاع أو المستأجر حيث أنه يعتبر حائزاً عرضياً

بالنسبة لحق الملكية ولكن حائز أصيل فيما يتعلق بحقه

هو رغم أنه يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو

المؤجر ويجوز لحساب نفسه حق الانتفاع العينى أو حق

المستأجر الشخصى وقد أثرتا التعرض فى بداية هذا

الفصل فى التحدث عن الحيابة بوجه عام وتعريفها ثم

بيان عناصرها المكونة لها ثم بعد ذلك محاولة وضع

الصورة النهائية لمأخذ القانون المدنى المصرى وتأثيره بكل

من النظرية الشخصية والمادية فى الحيابة باعتبار أن

القانون المدنى قد تحدث عن الحيابة من المواد ٩٤٩ :

٩٨٤ من القانون المدنى ، ثم نتعرض بعد ذلك لتعريف

الحيابة العرضية وأحكامها ثم نختم هذا الفصل

بتعريف الحيابة فى الشريعة الإسلامية وتعريف الحيابة

العرضية وحمايتها فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول

تعريف الحيابة

لم يتعرض القانون المدنى الملغى للحيابة فى ذاتها

بل إقتصر على تناول آثارها ومع ذلك فإنه لم يوردها

كاملة ، أما القانون المدنى الجديد فقد تعرض أولاً

للحيابة فأورد أحكامها العامة فى نصوص مستحدثة ثم

بين ما يرتب عليها من الآثار وقد نظم القانون المدنى

المواد الخاصة بالحيابة من المادة ٩٤٩ إلى المادة ٩٨٤

من القانون المدنى المصرى ^(١) .

هذا وقد كان المشرع التمهيدى للقانون المدنى الجديد

يتضمن نصاً يعرف الحيابة وهو نص المادة ١٣٩٨ من

هذا المشروع وكان يجرى على الوجه الآتى :

(١) انظر فى تعريف الحيابة كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / عبد

المعظم الشرقاوى فقرة ٥٦ طبعة ١٩٥٦ .

مع المذهب المادى . أن القصد ينصب على الحياة المادية فى ذاتها فان هذا يكون أشد دالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ومن ثم تكون الحياة فى كل من المذهبين واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثار قانونية .

وكان نتيجة لترك المشرع وضع تعريف للحياة للفقه قيام كل فريق من الذى يتحاز إلى أى من النظريتين سواء كانت النظرية الشخصية أو النظرية المادية فى وضع تعريف للحياة يتناسب مع النظرية التى يأخذ بها وتعرض أولاً لتعريف الحياة من أساتذتنا الذين يرون أن المشرع المصرى أخذ بالنظرية الشخصية فى الحياة وحمايتها سواء قبل إلغاء مجموعة المدنى القديم أو فى مجموعة المدنى الجديدة أولاً قبل صدور مجموعة القانون المدنى الجديد ١٩٤٨ .

حيث فرق بين وضع اليد ومجرد الحياة أستاذنا الدكتور / عبد الحميد أبو هيف (٢) .

فيسرى وضع اليد هو حياة الشئ . حياة فعلية مقرونة بنية تملكه ، أما الحياة البسيطة فهى إستيلاء الإنسان على شئ ما دون أن تكون عنده هذه النية ففى وضع اليد إستيلاء فعلى ومركز قانونى أما فى الحياة فليس إلا لمركز الفعل ولكن إذا إعتدى على الحائز معتد بالقوة فله الدفاع عن نفسه وصدد القوة بالقوة غير أن هذا الحق ليس من خواص الحياة بل من خواص الدفاع عن النفس أو المال . ودعاوى اليد أو حماية الحياة تكون (٤) لصاحب حق الملكية أو لصاحب باقى الحقوق المنتزعة من الملكية كصاحب حق الانتفاع أو حق البناء أو الفرس أو العلو .

(١) انظر مجموعة الأعمال الصحفية ص ٦٤٨ ، ٦٤٩ ، ٦٥٠ فى الهامش .

(٢) انظر الوسيط الجزء التاسع للجلد الثانى فى أسباب كسب الملكية الطيبة الثانية النسخة ١٩٩٣ ، للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري فترة ٢٥١ ص ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ . مطبعة دار النهضة العربية .

(٣) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية والنظام القانونى القضائى فى مصر للأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو هيف بند ٤٥٣ وبند ٤٦١ ص ٣٤٨ ، طبعة ١٩٢١ الثانية المطبعة مطبعة الاعضاء بمصر .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ الدكتور / محمد حامد نهى طبعة ١٩٤٠ - ١٣٥٩ هـ مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر بند ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٩١ .

« الحياة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ . يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق » .

وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : « الحياة هى سيطرة فعلية على شئ . أو حق فتجوز حياة الحقوق العينية لحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حياة الحقوق الشخصية » (١) .

وقد حذفت هذه المادة لجنة مجلس الشيوخ لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية ويتبين من هذا التعريف : أن الحياة وضع مادى ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن حيث أن السيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق فإن كان كل حق ملكية إختلط هذا الحق بالشئ . محل الحق . وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى حيث تكون السيطرة الفعلية للشخص بقيامه بالأعمال المادية على الشئ . محل الحق باستعماله أو التصرف فيه . فإذا كان دار سكناها أو يؤجرها أو يزرعها أو يؤجرها إذا كانت أرضاً زراعية وذلك وفقاً لما تقتضيه طبيعة الشئ . محل الحق .

هذا ويرى البعض (٢) أن الحياة ليست بحق عينى أو حق شخصى بل هى ليست بحق ولكنها سبب لكسب الحق وكيف الحياة بأنها واقعة مادية بسيطة تحدث آثار قانونية .

فإذا سائرنا المذهب الشخصى فى الحياة وقلنا أن هناك عنصراً معنوياً للحياة هو القصد - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحياة فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحياة بل المراد أن تكون الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال الحائز أعمالاً قصدية وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . وهى أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية أما إذا قلنا

ثانياً : الحيابة التى يحميها القانون بدعاوى الحيابة الثلاثة . حيث عرفها أستاذنا الدكتور / محمد حامد فهمي^(١) فى الشرط الأول من شروط دعوى منع التعرض بالنسبة للمدعى فى هذه الدعوى . حيث لا بد أن يكون واضحاً يده على عقار يمكن تملكه بمضى المدة أو على حق عينى آخر يمكن اكتسابه بالتقادم ولا بد من توافر الشروط التى تطلبها القانون فى المادة ١٠٢/٧٦ من القانون المدنى الملغى وأيضاً المادة ٣٠/٢٩ من ذات القانون .

ثالثاً : أما أستاذنا الدكتور / محمد كامل مرسى فقد اشترط فى الحيابة محل حماية القانون بدعاوى الحيابة وهى الحيابة التى اشترطها القانون فى المادة ١٠٢/٧٦ : **والتي تشترط أن يكون واضح البد « وضع يده » بصفة مالك ، حيث الحيابة عند فقهاء الرومان الحيابة المدنية أو الحقيقية مقرونة بنية التملك وتؤدي إلى التقادم المكسب ، ولا بد أن يكون واضح البد له حيابة فعلية على الشيء . ويضع يده على الشيء بصفة مالك أو صاحب حق عينى .**

ثانياً : بعد صدور المجموعة الجديدة للقانون المدنى ١٩٤٨ ،

حيث يعرف أستاذنا الدكتور / عبد المنعم البدر اوى الحيابة^(٢) بأنها سلطة فعلية مادية لشخص على شيء من الأشياء . يستعملها بصفته مالكا أو صاحب حق عينى عليه سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند .

ويعرف الدكتور / جميل الشرقاوى الحيابة^(٣) بأنها سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء . تهلو فى ظهوره بمظهر مالك هذا الشيء . أو صاحب حق عينى عليه وبممارسة الأعمال والامتيازات التى تترتب عادة على الصفة التى يظهر بها لهذا الشيء .

ويعرف الدكتور / أحمد ابو الوفا الحيابة^(٤) بأنها حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء أو على حق عليه بصفته مالكا للشيء . أو صاحب الحق عليه .

ويعرف الدكتور / رمزي سيف الحيابة^(٥) هى عبارة عن السيطرة الفعلية لشخص على شيء أو استعماله لحق عينى مالكا للشيء . أو صاحب الحق العينى .

ويعرف الدكتور / فتحي والى الحيابة التى يحميها القانون بدعاوى الحيابة حيابة قانونية^(٦) والتى لا بد من توافر العنصر المادى فيها وهى القيام بالأعمال المادية التى يقوم بها عادة صاحب الحق كزراعة الأرض والأعمال المادية تتم سواء من صاحب الحق أو وسيط عنه يعمل لحسابه ويستمر العنصر المادى ولو أجر المالك العقار حيث يبقى رغم ذلك حائزاً .

أما العنصر المعنوى فيعرفه بأن يكون الشخص فى قيامه بالأعمال المادية يقوم بها باعتباره صاحب الحق على العين محل الحيابة . حيث لا يتوافر العنصر المعنوى فمن يقوم بهذه الأعمال باعتبار آخر .

ويعرف الدكتور / أحمد الصاوى الحيابة القانونية محل حماية القانون^(٧) بأنها السيطرة المادية للشخص على الشيء . باعتباره مالكا له أو صاحب حق عينى عليه فيلزم إذن أن تتوافر فيها عنصران مادي وهو السيطرة المادية على الشيء . وعنصر معنوى وهو ظهور الشخص على الشيء . بمظهر المالك أو صاحب الحق العينى عليه ولا بد من توافر العنصران حتى يمكن للحائز من إقامة جميع دعاوى الحيابة .

(١) انظر فى ذلك « الملكية والحقوق العينية » الجزء الخامس للأستاذ الدكتور / محمد كامل مرسى بند ٨٢ ص ٧٨ ، ٧٩ والبنء ٨٨ طبعة ١٩٤٢ - ١٣٦١ م مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاء بمصر .

(٢) انظر فى ذلك شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية للدكتور / عبد المنعم البدر اوى الطبعة الثانية ١٩٥٦ بند ٤٧٨ ص ٤٨٩ .

(٣) انظر فى ذلك « دروس فى الحقوق العينية الأصلية » والكتاب الأول حق الملكية . للدكتور جميل الشرقاوى البند ٨٦ ص ٣١٤ طبعة ١٩٧١ دار النهضة العربية .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الرابعة عشرة ١٩٨٦ بند ١٣٠ ص ١٤٢ للدكتور / أحمد أبو الوفا .

(٥) انظر فى ذلك الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / رمزي سيف بند ١٤٩ ص ١٧٤ الطبعة الثالثة ١٩٦١ .

(٦) انظر فى ذلك البسيط فى قانون القضاء الملغى للدكتور / فتحي والى الطبعة الثالثة ١٩٩٣ بند ٥١ ص ٨٢ . ٨٤ مطبعة جامعة القاهرة .

(٧) انظر فى ذلك البسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / أحمد الصاوى طبعة ١٩٨١ بند ١٠٧ ص ١٦٧ مطبعة جامعة القاهرة . دار النهضة العربية .

وتلك التعاريف أما في الكتب التي تتكلم عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية أو في تعريف الشرط الأول من شروط دعاوى الحيازة . وهكذا يتضح أن حذف التصرف الخاص بالحيازة جعل المشرع يترك تعريف الحيازة للفقهاء فجاءت تلك التعاريف كما سبق .

المطلب الأول

عنصرى الحيازة المادى والمعنوى

(أولاً : العنصر المادى ،

يتكون العنصر المادى فى الحيازة من مجموعة الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز وهى أعمالاً تصدر عادة من يملك الشيء أو يستعمل عليه حقاً من الحقوق المعينة وتحقق السيطرة المادية سواء من الشخص نفسه مالك الشيء . محل الحق وأن يحوز الحائز الشيء . فى يده إحراراً مادياً وببشائر عليه الأعمال المادية فإذا كان الشيء داراً دخل فيها واستحوذ عليها . وسكنها إما سكن فيها غيره بالإيجار مثلاً وإذا كان الشيء أرضاً زراعية إحتلتها وزرعها بنفسه وقد تحقق السيطرة المادية أى القيام بالأعمال المادية على الشيء . من الغير وبذلك يحوز المالك الشيء . وتكون حيازة الشيء . بالوساطة حيث إذا محل الحيازة عقار فإن المؤجر يؤجره للمستأجر وإذا كان محل الحيازة أرضاً زراعية فإن صاحب الأرض يؤجرها للمزارع^(١) والسيطرة المادية على الحق محل

ويعرف الدكتور / مصطفى أحمد عبد الجواد حجازى الحيازة فى رسالته بأنها^(٢) السيطرة الفعلية التى تتجسد فى قيام شخص بالأعمال المادية والقانونية على شيء . تمجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسة حق عينى عليه سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء . أو غير مالك له . أما البعض فىرى فى تعريفه للحيازة حيث يرى أن القانون المصرى لم يأخذ لا بالنظرية المادية أو الشخصية فى حمايته للحيازة فى المجموعة الجديدة للقانون المدنى بل اتخذ موقفاً وسطاً وهو رأى أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة^(٣) .

ويعرف الحيازة بأنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء . بحيث تكون فى مظهرها الخارجى وفى قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عينى آخر . وقد تكون مستندة إلى حق يعترف به القانون للحائز كما لو كان مالكا للشيء . أو صاحب حق عينى آخر عليه . وقد لا تكون مستندة إلى هذه السلطة حيث أن الحيازة ليست مزاولة للحق .

أما آخر التعاريف للحيازة فهو من وجهة نظر أستاذنا الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى^(٤) . والذي يرى أن القانون المدنى الجديد قد أخذ بالحماية المقررة للحائز وفقاً لما تقتضى به النظرية المادية فى الحيازة ويعرف الحيازة محل حماية القانون بدعاوى الحيازة بأنها : « هى مجرد الحيازة المادية أى السيطرة الفعلية على العقار أو مجرد استعمال الحق . ويقصد بالحيازة المادية أن يستعمل الشخص العقار الذى يضع يده عليه فيما خصص له هذا العقار ولا يشترط فى الحائز أن يكون واضحاً يده على العقار بنية تملكه أو ظاهراً عليه بمظهر المالك أى لا يشترط توافر نية تملك العقار لديه ولا أن يتعامل معه الغير باعتباره مالكا له » .

وهكذا كما يتضح أن معظم أساتذتنا الذى يرون أن الحماية التى كفلها القانون للحائز إما باعتباره مالك للحق محل الحيازة أو كصاحب للحق العينى على العقار محل الحق وقد جاءت تعاريفهم للحيازة إما بحكم أن البعض منهم يدرسون القانون المدنى أو البعض الآخر يدرس قانون المرافعات المدنية والتجارية لذا فقد جمعنا

(١) انظر فى ذلك الحيازة بسوء نية كسب لكسب الملكية . « دراسة مقارنة ص ٧١ طبعة ١٩٩١ جامعة القاهرة كلية حقوق بنى سويف للدكتور / مصطفى أحمد عبد الجواد حجازى .

(٢) انظر فى ذلك حق الملكية الطبعة الثالثة ١٩٦٧ بند ٣٤٢ ص ٥٢١ للأستاذ الدكتور / عبد المنعم فرج .

(٣) انظر فى ذلك الربط فى أسباب كسب الملكية الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة المنقحة ١٩٩٣ بند ٢٦٧ ص ١١٠٥ : ١١٠٧ للدكتور / عبد

الرزاق السنهورى الطبعة الثانية المنقحة و للمستشار مصطفى القلى « . (٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية فى شرح القانون رقم ١٣ لسنة ٦٨ والتشريعات المكملة له بند ٩٢ ص ٨٤ للدكتور عبد المنعم الشرقاوى والدكتور فتحى والى طبعة ١٩٦٦ - ١٩٧٧ مطبعة دار النهضة العربية

(٥) انظر حكم محكمة استئناف مصر جلسة ٨ يناير ١٩٣٩ - المعاماة رقم ٢٠ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ . واستئناف مخطوط ٨ يونيو ١٩١٥ ص ٣٩٢ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدني مقصور على الوسيط الذي يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلاً به إتصال التابع بالتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة .

أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر فهو لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد في المادة ٩٥١ بل هو حائز عرض فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة ويحوز لنفسه الانتفاع العيني والسيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض فإذا وجدت إفتراض فيما يباشر السيطرة المادية أنه هو الحائز نفسه إلا إذا أثبت العكس وفقاً لما جاء بالفقرة الثانية من نص المادة ٩٥١ مدني ويحضرني وأنا في هذا المقام ما ذكره أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدر في الحديث عن حيازة المحقوق غير حق الملكية^(١) حيث أن الحيازة لا تقتصر على حيازة الشيء على سبيل الملك بل أنها توجد أيضاً بالنسبة لسائر الحقوق العينية التي تخول صاحبها حيازة الشيء أو القيام ببعض الأعمال المادية عليه حيث أن الحيازة محكته في حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر ورهن الحيازة والارتفاق حيث جرى على تسميتها بشبه الحيازة « شبه وضع اليد » هذا ويقوم بالسيطرة المادية في الملكية على الشيوع كل من الشريكين مثال ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر فيسكنان الدار معاً ويؤجرانها معاً وقد يقسمانها فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية أو قسمة مهايأة زمانية^(٢) .

الحيازة تتحقق باستعمال هذا الحق فيما خصص له فإذا كان إرتفاق مرور مثلاً أو إرتفاق شرب كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً في المكان المراد استعمال الحق فيه أو بأخذ المياه فعلاً من مروي الجار^(٣) .

ويستوى فيمن يقوم بالسيطرة المادية على الشيء محل حق الحيازة أن يكون الحائز مالكا للشيء أو غير مالكا^(٤) .

هذا وتتحقق السيطرة المادية للشخص التي انتقلت إليه ملكية الشيء محل الحيازة دون حاجة للإستحواذ الفعلي على الشيء بل يكفي مجرد القسطن من الاستحواذ فإذا كان البيع داراً فإنه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلم مفاتيحها وسند الملكية حيث تتحقق السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتحتكم من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل^(٥) .

هذا وقد قضت المادة ٩٥١ من القانون المدني بالآتي : « تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به إتصلاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة - وعند الشك يفترض أن يباشر الحيازة إنما يحوز نفسه فان كانت استمرار الحيازة سابقة إفتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادي بها^(٦) .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة حيث يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه مثل سائق السيارة فهو يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبرعه وكذلك ناظر الزراعة يحوز لحساب صاحب الأرض وأيضاً الوكيل والخدام وحيازة النائب تعتبر حيازة لأصيل^(٧) .

وإذا كان الحائز قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً فيباشر السيطرة المادية باسم الولى أو الوصى أو القيم^(٨) ويباشر السيطرة المادية عن الحائز إذا كان معنوياً بواسطة المديرين أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك . أما المجالس المحلية فتباشر السيطرة المادية لا بواسطة تمثيلها بل أيضاً بواسطة الناس الذين يفوضون ويروحون في هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له .

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر ١٩٨٣ مجموعة أحكام التقاضي لسنة ٣٤ رقم ٣٦٩ ص ١٨٨٠ .

(٢) فإذا كان الشيء محل حق الحيازة غير ملوك لأحد كانت حيازته استيلاء فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً من هذا الطريق .

(٣) نقض مدني ١١ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر رقم ١٨٢ ص ٥٥٤ .

(٤) انظر في ذلك المشروع التمهيدى للمادة ٩٥١ من القانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ : ٤٥٦ .

(٥) انظر في ذلك نقض ٩ يونيو ١٩٧٠ مجموعة أحكام التقاضي السنة ٢١ رقم ١٧٠ ص ٩٩٨ .

(٦) انظر في ذلك حكم استئناف مصر جلسة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧ .

(٧) انظر البند رقم ٤٩٣ ص ٥١٢ في كتاب شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم البدر الطبعة الثانية ١٩٥٦ .

(٨) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ في الهامش .

ثانياً : العنصر المعنوي :

وهو قصد الحائز في أن يستعمل الحق العيني الذي تدل عليه الأعمال المادية التي يباشرها على الشيء . أو هو نية الحائز في أن يظهر على الشيء . بظهر مالكه أو بظهر صاحب حق عيني عليه وهو إرادة الحيازة لحساب نفسه .

ولهذا يعتبر حائزاً الحائز بقصد التملك وحائز الشيء بقصد استعمال أو اكتساب حق انتفاع أو سكنى أو استعمال أو حكر أو ارتفاق أو رهن حيازة عليه ففى جميع الأحوال لمجد أن الحائز بقصد استعمال حق عيني على الشيء . يجوز الشيء . لحسابه (١) أما واضع اليد لا يجوز الشيء . بقصد استعمال حق عيني عليه حيث لا تتوفر لديه العنصر المعنوي وهو القصد أو النية وهذا ما قصدت به النظرية الشخصية لسافيني في العنصر المعنوي للحيازة وهي النظرية التقليدية حيث لا بد من أن يكون الشخص حائزاً قانونياً فلا بد من توافر نية استعمال الحق لحساب نفسه سواء كان الحق ملكية أو حقاً آخر ويخرج بذلك كل من المستأجر والمستعير والمودع عنده من نطاق هذه النظرية أو من نطاق الحماية التي قررها القانون بدعاوى الحيازة حماية للحائز المتوفر لديه العنصر المادي والعنصر المعنوي كما توضحه النظرية الشخصية ويعتبر حيازة كل من المستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمودع عنده مجرد إحرار فلا بد من توافر النية لديهم حتى تكون حيازتهم حيازة طبيعية حقيقية حيث أن عنصر القصد هذا هو العنصر الجوهري (٢) . أما النظرية المادية في العنصر المعنوي أو عنصر النية أو القصد فقد نادى بها الفقيه اهرنج حيث قرر أن القصد ليس عنصراً مستقلاً عن السيطرة المادية بل أن السيطرة المادية ضرورة لتوفره حيث لا بد من القصد فقط فيسأ يقوم به الحائز من الاعمال المادية حيث لا بد من أن تكون أعمال الحائز أعمالاً ارادية قصدية « فالنائم لا يجوز ما يلقى في يده في اثنا . نومه والسجين لا يجوز ما يقيد به الاغلال وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حيازه شيء . بنفسه لانه لا ارادة له وينوب عن عديم التمييز الولي أو الوصى أو

القيم وكل من يسيطر على شيء . سيطرة مادية عن طريق اعمال ارادية قصدية يكون حائزاً له سواء . يجوز الشيء . لحساب نفسه أو لحساب غيره فالمستأجر والمستعير يعتبران حائزاً وبغير اهرنج بين الحيازة ومجرد الاحراز حيث يكون الشخص في احرازه للشيء . مجرد أداة في يد الغير يجوز الشيء . باسمه ولحسابه وبالتالي فان حيازته مجرد احراز وأهم نتائج النظرية المادية في عنصرها المعنوي للحيازة هو أنها تحمي الحائز العرضي بجميع دعاوى الحيازة وأهم تطبيق للنظرية هو المستأجر على الرغم من أن النظرية الشخصية لا تحمي المستأجر أو الحائز العرضي بأى دعوى من دعاوى الحيازة .

المطلب الثاني

النظرية الشخصية والمادية في الحيازة وآثرهما على القانون المدني المصري

تعرضنا فيما سبق في البحث الأول في تعريف الحيازة لتعريف الحيازة القانونية التي يحميها القانون بدعاوى الحيازة المختلفة وكانت تلك التعاريف من أساتذتنا سواء . أكان تعريف الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني أو تعريف الحيازة ضمن شروط طبيعية الحيازة التي يحميها القانون ونص على تلك الدعاوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية وأساتذتنا هؤلاء . يمثلون الرأي الأول الذين يقولون أن القانون المصري قد أخذ بالنظرية الشخصية في حماية الحائز ويمثل هذا الرأي الجانب الأكبر (٣) . وأيضاً قد تعرضنا لهذا الرأي في التعريف الخاص بالعنصر المعنوي من المطلب الأول . وأيضاً تعرضنا في تعريف الحيازة للرأى الذي يرى (٤) أن القانون المصري لم يأخذ لا

(١) انظر في ذلك البند ٤٨٥ من ٤٩٦ : ٤٩٧ للدكتور / عبد التيم البراوي المرجع السابق .

(٢) انظر في ذلك بالتفصيل البند ٢٦٥ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ من ١٠٩٩ : ١١٠٤ من الوسيط للدكتور / السهرى طبعة ١٩٩٣ المنقحة .

(٣) انظر في ذلك تعريف الحيازة في البحث الأول من هذا البحث .

(٤) انظر في ذلك الرأى الوسيط للدكتور / عبد التيم فرج الصدة والبند ٢٦٧ ص ١١٠٥ : ١١٠٧ الوسيط أسباب كسب الملكية للدكتور / عبد الرزاق السهرى طبعة ١٩٩٣ المنقحة . والبند ٢/٢٣ ص ٦٤ الدكتور /

محمد عبد الجواد محمد .

على العقار محل الحيازة وأجمع أيضاً الرأى الوسط والرأى الذى تميل إليه ونأخذ به وهو رأى استاذنا الدكتور / عبد النعم الشرقاوى أن القانون يعنى الحيازة وذلك وفقاً للاعتبارات الخاصة بحماية الحيازة ولذلك فإننا سند على الرأى الأول والرأى الوسط متضمنين فى ذلك فى هذا الرد للرد الذى رد به استاذنا الدكتور / عبد النعم الشرقاوى وللأسانيد التى يرى أن تؤيد وجهة نظر سيادته بأن القانون المصرى قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بحماية الحائز بوجه عام .

بداية وقبل ذكر أسانيد الدكتور / عبد النعم الشرقاوى نود أن نوضح أن المشرع المصرى قد أعلن صراحة وبكل الوضوح أنه أخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة باصدار القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م الذى أضاف إلى مواد قانون المرافعات المادة ٤٤ مكرراً والتى تعطى حماية سواء كان الاعتداء يمثل أى من سلب الحيازة أو تعرض أى كان وجعل القرار الصادر من النيابة يتظلم منه ذوى الشأن أمام القاضى الطبيعى للحيازة وهو القاضى المستعجل وفقاً لما سنوضحه فى الفصل الثانى من هذا البحث .

هذا إلى أن جانب الحماية الجنائية للحائز أياً كان صفته (١) حائزاً أصيلاً أو عرضياً أو مفتصب وهذا يجعلنا نجزم صراحة بأن القانون المدنى قد أخذ بالنظرية فى حماية الحيازة ونظراً لتوسعها فى مجال حماية الحائز عندها .

أسانيد الدكتور / عبد النعم الشرقاوى والذى تأخذ برأيه وتنضم إليه بأن القانون المصرى أخذ بالنظرية المادية فى الحيازة .

(١) انظر فى ذلك الرأى الذى أشار أن القانون المصرى أخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة « البحث الأول » للدكتور عبد النعم الشرقاوى .

(٢) انظر فى ذلك البند ٦٤ ص ١٠٧ فى الوسيط للدكتور / فتحى والى طبعة ١٩٩٣م .

(٣) انظر فى ذلك طعن نقض جنائى رقم ٢٢٢٦ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٤ وأيضاً الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢ والطعن رقم ١٤٢٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٦/٧ - الموسوعة الفقهية للقواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣٨م الإصدار الجنائى للأستاذ / حسن الفكهانى وعبد النعم حشنى طبعة ١٩٨١ الجزء الثالث بند ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٧١ ص ٨٧ و٨٩ مطبعة الدار العربية للوسائط .

بالنظرية المادية أو الشخصية وأخيراً تعرضنا لتعريف الحيازة وفقاً للرأى الذى يرى أن القانون المصرى قد أخذ بالحماية المقررة للحائز فى النظرية المادية (١) .

ونكتفى بالنسبة لعرض النظرية المادية والشخصية فى الحيازة بالإحالة لما سبق عرضه من تعريف للحيازة وأيضاً للنظريتين فى بيان العنصر المعنوى . ونكتفى فى هذا المطلب ببيان مدى تأثير المشرع بأى من النظريتين ، وقبل التحديد فى ذلك نود أن نوضح أن كل من أصحاب الرأى فى تقرير الحماية للحائز سواء كان الحائز هو المالك أو حائزاً عرضياً يباشر حق عينى على الحق محل الحيازة (العقار) فى كل من النظريتين يتفقون فى ذلك أما الآثار المترتبة على الحيازة القانونية من اكتساب الحق بالتقادم والمنقول بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فلا يمكن أن يرتب على الحيازة العرضية (٢) ونرى أن المشرع فى تقريره حماية الحائز بدعوى الحيازة دون النظر لصفة الحائز هل هو مالك أو حائزاً عرضياً ويأمر حق عينى على العقار محل الحيازة . فهذا لكون دعوى الحيازة ليست إلا حماية وقتية ذات حجية مؤقتة لا تؤثر فى أصل الحق .

ولا يختلف فى ذلك أى من الآراء التى ترى حماية القانون للحائز أياً كان صفته وأيضاً لكون القانون يعنى الحائز باعتبارات تتعلق بالأمن والنظام العام هذا إلى جانب أن يفترض دائماً أن الحائز هل مالك للحق الذى ترد عليه الحيازة .

لذلك نرى أن المشرع المصرى قد أخذ بالنظرية المادية وبالأخص فيما يتعلق بحماية الحائز سواء كان الحائز هو المالك أو حائزاً عرضياً وله حق عينى على العقار محل الحيازة ويستمتع بشئ من التصرف كصاحب حق الانتفاع والمستأجر كشأن دون الفقة الأخرى التى تتبع وتتصل بالحائز إتصلاً يلزمهم الالتزام بأوامره وفقاً لما تنص عليه الفقرة الأولى من نفس المادة ٩٥١ من القانون المدنى المصرى .

هذا وقد أجمع أصحاب الرأى الأول والذين يرون أن القانون المدنى المصرى قد أخذ فى حماية الحيازة بالنظرية الشخصية على أن القانون يعنى صاحب الحق العينى

أولاً: إن تعريف الحيازة والذي كان في صدر مشروع باب الحيازة واستغنت عنه لجنة الشيوخ لأنه تغلب عليه الصبغة الفقهية^(١) فإن ذلك لا يدل على استفتاء المشرع عنه لأن سائر مواد الحيازة التي كانت في المشروع وجاءت تحت هذا التعريف مستوحية روحه لم يطرأ عليها تعديل .

ثانياً: أن المذكرة التفسيرية أوضحت عن هذا المعنى أيضاً حيث قررت بجواز حماية الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة وكما تجوز حيازة الحقوق الشخصية وهذا قاطع في الدلالة على أن حائز الحق الشخصي على العقار وهو حائز مادي للمستأجر يعتبر في نظر القانون حائزاً له مباشرة دعوى الحيازة وإذن فالمادة ٥٧٥ التي أجازت للمستأجر مباشرة دعوى الحيازة^(٢) إنما هو تطبيق لقاعدة عامة وهي حماية الحيازة المادية .

ثالثاً: نص المادة ٩٥٦ على أنه « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأي طريقة أخرى ، وفضلاً عن أن النص مقتبس من المادة ٨٥٦ مدني ألماني فإنه يعلق فقد الحيازة على فقد السيطرة المادية على المال أو على الحق موضوع الحيازة أي أنه يجعل السيطرة المادية هي مناط الحيازة وهذا يوضح أخذه بتلك النظرية .

رابعاً: نص المادة ٥٧٥ من القانون المذكور على أن للمستأجر الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة . ومعناه أن القانون المدني الجديد يحمي حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة ولا شك في أن حيازة المستأجر هي حيازة مادية صرف لأنه إنما يسكن المنزل أو يزرع الأرض دون أن تقوم به نية امتلاك العقار أو محاولة الظهور بمظهر المالك له . ولا يمنع ذلك أن النص قد ورد بالنسبة للمستأجر دون سائر الحائزين العرضيين (الماديين) فإنه في نظر الدكتور/ عبد المنعم الشرقاوي إحدى تطبيقات نظرية الحيازة المادية

ويسرى بالنسبة لجميع الحائزين العرضيين كالمودع لديه والمرتهن حيازياً والحارس فلهؤلاء جميعاً مباشرة دعوى الحيازة بجميع أنواعها . وتتفق مع أستاذنا الدكتور في ذلك ويقتضى أيضاً في ذلك أستاذنا الدكتور/ السنهوري إذا أن القانون يحمي المستأجر بدعاوى الحيازة لا على أساس حق الملكية وإنما لكونه حائزاً عرضياً لحق الملكية ولكنه حائزاً أصيلاً في حقه كمستأجر وهذا ينطبق على سائر الحائزين العرضيين الذين كما ذكر ليست حيازتهم حيازة إحرار . وعليه فيجب أن يعامل الدائن المرتهن حيازياً معاملة المستأجر وسائر الحائزين العرضيين لأنهم حائزين عرضيين لحق الملكية أما بالنسبة لحقهم فهم حائزين أصليين^(٣) . ومما يؤكد أن هذه هي القاعدة التي أخذ بها القانون المدني الجديد أن المادة ٩٥٨ من القانون المدني (فقرة ثانية) قضت بأنه يجوز أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره فهي بذلك تولي الحائز الحق في مباشرة دعوى استرداد الحيازة .

حيث أصبح الآن لا يوجد أي فرق بين دعوى الاسترداد ودعوى منع التعرض إلا فيما يتعلق بشرط السنة حيث سمح القانون لمباشرة دعوى الاسترداد في حالات خاصة (م ٩٥٩ مدني) . حيث تتوافر كافة الشروط من حيث أن تكون الحيازة المعجمة ليست مجرد رخصة أو من الأعمال المباحة وأيضاً الحيازة هادئة وظاهرة ولم تكن غامضة أو مشوبة بلبس ومستقرة وترد الحيازة على عقار وتوافر شرط ميحدا رفع الدعوى رغم اختلافاً بين دعوى منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة

(١) انظر في ذلك البحث الأول من هذا البحث في تعريف الحيازة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٦ ص ٤٥٠ تعليقاً على المادة ٩٤٩ مدني .

(٣) انظر في ذلك البند ٥٩ ص ٩٨ : ١٠٠ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية ١٩٥٦ للدكتور عبد المنعم الشرقاوي .

(٤) انظر في ذلك البند ٢٦٧ ص ١١١٢ ، ١١١٣ في الوسط في أسباب كسب الملكية للسنهوري طبعة ١٩٩٢ وانظر في ذلك البند ٤٨٧ ص ٥٠٢ من كتاب شرح الحقوق العينية الأصلية للدكتور البدرابي طبعة ١٩٥٦ الطبعة الثانية . وانظر أيضاً البند ١١٠ ص ١١٩ من كتاب

الملكية والحقوق العينية للدكتور/ محمد كامل مرسى طبعة ١٩٤٢ ، وانظر أيضاً البند ٨٦ ص ٣٧٤ للدكتور جميل الشرقاوي طبعة ١٩٧١ .

مباشرة دعاوى الحيازة الأخرى وإذا كان المشرع يعنى بالحيازة السيطرة المادية لكان فى غنى عن هذا النص وكما سبق أن أوضحنا فى الأسانيد الخاصة بتأييد اتجاه المشرع المصرى للأخذ بالنظرية المادية فى حماية الحيازة وتحيل الرد على ذلك اليه ونورد بعض الردود الخاصة على هذا رأى حيث أن المشرع وجد أنه فى غير حاجة إلى تكرار هذه الأحكام فى كل دعوى من دعاوى الحيازة وقد صار مسلماً أن الحيازة التى تبرر رفع دعوى الحيازة لها طبيعة واحدة فى جميع أنواع هذه الدعاوى وقد أكد المشرع ذلك فى إعطاء المستأجر الحق فى رفع دعاوى الحيازة المختلفة فى المادة ٥٧٥ مدنى .

ثالثاً: أن المشرع ينص فى المادة ٥٧٥ مدنى على أن للمستأجر الحق فى أن يرفع باسمه على المعارض جميع دعاوى الحيازة . فإذا كان لكل الحائزين العرضيين الحق فى رفع هذه الدعاوى لكان هذا النص عديم الجدوى . والواقع أن هذه الحجة لا يمكن أن تصلح لتأييد الرأى المعارض لأن إيراد هذا النص الخاص باعتباره تطبيقاً لقاعدة عامة أمر طبيعى فى التشريع وقد جرى عليه القانون المدنى فى كثير من أبوابه وفصوله ومثالاً لذلك المواد ١٥٩ التى تقضى بانتقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه والمادة ٦٦٤ التى تقضى بانتقضاء عقد المقاتلة بسبب استحالة تنفيذه فالمادة ٦٦٤ تطبيقاً للمادة ١٥٩ ومع ذلك لم يقل أحد بأن المادة ٦٦٤ عديمة الجدوى ^(١) ويؤكد ذلك الرأى استناداً الدكتور السنهوري وذلك رداً على ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية ^(٢) . ونرى أن المشرع

واسترداد الحيازة ونرى أن أهم دعاوى الحيازة هى دعوى الاسترداد ذلك أن الاعتداء يصل فيه إلى حد سلب الحيازة لذا نرى أن ميعاد رفع الدعوى هذه كان راجعاً لطبيعة الاعتداء الواقع على الحيازة .

الرد على الرأى الأول والرأى الوسط :

نود أن نوضح فى بادئ الأمر أن الأسباب التى أخذ بها الرأى الوسط ^(١) هى نفس الأسباب التى أوردها أصحاب الرأى الأول القائلين بأن القانون المصرى قد أخذ بالنظرية الشخصية فى حمايته للحيازة ولذلك سيكون ردنا واحد بالنسبة لهذين الرأين .

وكما أوردنا سابقاً أننا ننضم لرأى الدكتور / الشرقاوى ونردده معه ما يقوله للرد على الرأين ^(٢، ٣) :

أولاً: أن المذكرة التفسيرية للقانون المدنى أشارت صراحة إلى أن الحيازة لا تتوافر إلا باجتماع عنصريهما المادى والمعنوى . والواقع أن هذه الإشارة جاءت تطبيقاً على المادة ٩٤٩ التى عرفت الحيازة بصفة عامة ولم تقتصر على الحيازة التى تؤدى إلى الملك . وقد فسرت المذكرة التفسيرية المشار إليها المقصود بالعنصر المعنوى فى الحيازة بأنه « نية استعمال حق من الحقوق » وهذا فى الواقع يختلف عن المعنى الذى يقصده أصحاب هذا الرأى وهو ضرورة نية التملك للحق موضوع الحيازة والظهور بظهر المالك له . وما يقطع فى أن المقصود عما ورد فى المذكرة التفسيرية غير ما فهم أصحاب الرأى المعارض أن مذكرة المشروع التمهيدى الذى أشارت إليه هذه الحجة جاء فيها تطبيقاً على المادة ٩٤٩ مدنى « أن الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ » أو حق فتجاوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز الحقوق الشخصية « فإذا كان الحق الشخصى يصلح أن يكون موضوعاً للحيازة فلا يتصور أن تكون الحيازة بنية التملك .

ثانياً: أن المشرع عندما أراد أن يجيز للحائز نيابة عن غيره مباشرة إحدى دعاوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة) فقد نص عليها فى المادة ٩٥٨ ومفهوم المخالفة أن يبين أن ليس لكل هذا الحائز

(١) انظر فى ذلك البند ٣٤٤ ص ٥٧٥ من كتاب حق الملكية الطبعة الثالثة ١٩٦٧ للدكتور عبد النعم الصدى .

(٢) انظر فى ذلك البند ٥٩ ص ٩٨ : ١٠٠ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / عبد النعم الشرقاوى الطبعة الثانية ١٩٥٦ وأيضاً انظر الرد بالمطلب الثانى من هذا البحث .

(٣) انظر فى ذلك البند ٩٩ ص ١٠ : ١٠٢ من كتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / عبد النعم الشرقاوى . الرجوع السابق .

(٤) انظر فى ذلك المرافعات المدنية والتجارية للدكتور / عبد النعم الشرقاوى بند ٥٩ ص ١٠٣ : ١٠٣ . الطبعة الثانية ١٩٥٦ .

(٥) انظر فى ذلك الربط على أسباب كسب الملكية للدكتور / السنهوري الطبعة المنقحة ١٩٩٣ بند ٢٧٧ ص ١١١٣ فى الهامش .

المبحث الثاني تعريف الحيازة العرضية

تعرضنا فيما سبق في المبحث السابق لتعريف الحيازة مع بيان للعنصران المادى والمعنوى المكون لها وأيضاً للنظرية التى أخذ بها القانون المصرى لحماية الحائز وقد كان ذلك تمهيداً لبيان الحيازة العرضية باعتبار أنها جزء من الأصل وهى الحيازة لذلك أثرتنا التعرض للحيازة بوجه عام حتى اذا ما انتهينا فنتطرق للموضوع الرئيسى للمبحث الخاص بنا وهو الحيازة العرضية من حيث تعريفها ومبرراتها أو أقسامها ثم بعد ذلك أحكامها .

وتعرف الحيازة العرضية (أو الحائز العرضى) بأنه^(١)

هو كل شخص انتقلت اليه من الحائز السيطرة المادية على الشئ يباشرها باسم الحائز ولحسابه وذلك بموجب عقد كما هو الحال فى التابع والوكيل والمستأجر وصاحب حق الانتفاع والمرتتهن رهن حيازة وغيرهم مما يرتبطون بعقد مع الحائز أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هو الحال فى الحارس والسندليك ومضى الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب .

المطلب الأول

مراتب الحيازة العرضية

ولقد أثرتنا لفظ مراتب الحيازة العرضية لما فى لفظ المرتبة من تحديد للحائز العرضى وسلطته على الحق محل الحيازة وتنقسم الحيازة العرضية إلى مرتبتين :

المرتبة الأولى : وتقتل هذه المرتبة الحائزون العرضيون الذين يتزلون من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية فى التصرف وقد نصت عليهم الفقرة الأولى من نص

بصرح كل فترة عن التعمير بأخذه بالنظرية المادية لحماية الحيازة وكان ذلك باصداره للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكرر لقانون المرافعات المدنية والتجارية .

وأياً : أن المشرع يحصى الحيازة لأنه يعتبرها قرينة على تملك الحق والحيازة التى تعد قرينة ومظهر لتمكن الحق هى الحيازة القانونية وهى بعينها تؤدى إلى كسب الحق بالتقادم ونرد على ذلك بأن المشرع قصد التفرقة بين نوعين من الحيازة : حيازة تؤدى إلى التملك وهى التى يشترط فيها نية التملك وحيازة يحصىها بدعوى الحيازة ويكفى فيها الحيازة المادية . حقيقة أن المشرع يحصى الحيازة باعتبارها قرينة على تملك الحق ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يحصىها إلا إذا كانت قد توافرت لها شروط تملك الحق بل هو يحصىها لمجرد المظهر الخارجى حتى يثبت صاحب الحق عكس هذا الظاهر وما يقطع فى هذا النظر تأييد لرأينا أن المادة ٩٦٣ جعلت الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية والمادة ٩٦٤ جعلت الحيازة القانونية قرينة على الملكية^(٢) ومحصل هذا كله أن الحيازة المادية تكون قرينة على الملكية . ولنا بحاجة إلى القول للتحديد بالتشريع أو بالفقه أو القضاء الفرنسى فى هذا الشأن لا يجدى لأن المشرع المصرى فى رأيه قد تبذ نظرية المشرع الفرنسى واقتبس النظرية الألمانية فى الحيازة . وفرق بين حيازة تؤدى إلى الملكية ويشترط فيها نية التملك . وبين حيازة تحمى دعوى الحيازة واكتفى فيها بالحجازة المادية ، ويؤيد ذلك أيضاً فى رأينا ما نص عليه القانون المدنى فى المادة ٩٧٢ مدنى ذلك أن الحائز العرضى لا يكسب الحق الذى يباش عليه الحيازة بالتقادم بل أنه يمارس الحق ولديه قصد ممارسة الحق ومباشرة الأعمال المادية عليه لذا كان ممارسة حقه محل حماية من القانون

(١) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص ٤٨٣ .

(٢) انظر البند ٣٧ ص ١١٢٥ من الوسيط فى أسباب الملكية الجزء التاسع المجلد الثانى الطبعة المفعمة ١٩٩٣ للدكتور / عبد الرزاق السنهورى .

يجوز لحسابه ومهما طالت مدة حيافة الحائز العرضي للحق فإنه لن يتملكه بالتقادم فالدائن المرتهن لرهن حيازي لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم مهما طال الزمن الذي تبقى فيه العين في يده ولو زاد على خمسة عشرة سنة^(١) وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طالت وتنقل الحيازة العرضية من الحائز العرضي إلى وارثه حيافة عرضية كما كانت عند المورث هذا ويقرر القانون للحائز العرضي بصفة عامة أهم دعاوى الحيازة وهي دعوى استرداد الحيازة وإن كان لا يمنع في رأينا تطبيق ما قرره المشرع بالنسبة للمستأجر من رفع دعاوى الحيازة الثلاثة بمقتضى المادة ٥٧٥ مدني باعتبار أن ذلك قاعدة عامة لا استثناء بالنسبة للحائزين في المرتبة الثانية وجدير بالذكر أن المشرع قد قرر تلك الحماية كما سنرى في إصداره للمادة ٤٤ مكرر المضافة لقانون المرافعات المدنية والتجارية بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ هذا ويفترض في الحائز العرضي أنه هو الحائز الأصلي إن ثبت العكس وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٩٥١ الفقرة الثانية منها حيث يفترض أن الحائز العرضي يحوز لنفسه إلى أن يثبت العكس .

وكما أوضحنا تظل الحيازة العرضية لا تؤدي إلى كسب ملكية الحق محل الحيازة (العقار) وفقاً لما تنص عليه المادة ٩٧٢ الفقرة الأولى منها ولكن يمكن للحائز العرضي أن يكتسب الحق بالتقادم إذا تغيرت صفته إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . وبالنسبة لفعل الغير فلا بد أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية إذ أن الحائز يعتبر بداية من هذا الوقت يحوز لحساب نفسه لا كحائز عرضي وقد يكون هذا الغير الحائز الأصلي نفسه كما في حالة المورج الذي يبيع العين المورجة للمستأجر فتتحول حيافة المستأجر من حيافة عرضية إلى حيافة أصلية فيكتسب حقه وله رفع جميع دعاوى الحيازة ضد المورج والمالك الحقيقي . أما الفعل الذي يصدر من الحائز نفسه فلا بد أن يكون معارضة لحق

المادة ٩٥١ مدني وهم الحائزون لحساب الحائز الأصلي حيث يعتبرون حائزون بالوساطة ويتمثل هؤلاء في الخدم والعمال والمستخدمين والطاهي والسائق وناظر الزراعة والوكيل والولي والوصي والقيم إذا كان الحائز الأصلي قاصر أو محجور عليه ميمزاً وأيضاً في المدير أو المفوض عن الشخص المعنوي وبوجه عام في كل من يباشر السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعاً في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه فحيازتهم مجرد إحراز .

المرتبة الثانية : ويمثل هذه المرتبة الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ولكنهم لا يعتبرون أتباعاً للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق المحر والدائن مرتهن رهن حيافة والمستأجر والمزارع والمستعير والحارس والمودع عنده .

فهؤلاء يتفقون مع أصحاب المرتبة الأولى في أنهم يحوزون لحساب غيرهم فهم جميعاً حائزون عرضيون ولكنهم يختلفون عن الحائزون في المرتبة الأولى في أنهم بجانب أن حيازتهم مادية بل يجمعون إلى هذه الحيازة حيافة صحيحة كاملة لحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم ويتوافر لديهم السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم فهم لا يعتبرون لهذا الحق حائزون عرضيون بل حائزون أصليون فالحائزون في هذه المرتبة السابق ذكرهم أنفاً حائزون عرضيون لحق الملكية حيث يحوزون هذا الحق لحساب المالك لا لحساب أنفسهم ولا يباشرون إلا السيطرة المادية نيابة عنه أما بالنسبة إلى الحق المعنوي من انتفاع واستعمال وسكنى وحكر ورهن حيازي أو الحق الشخصي فهم يحوزون هذا الحق لحساب أنفسهم لذلك فإن الحائزون في هذه المرتبة يستحقون الحماية التي قررها القانون بدعاوى الحيازة الثلاثة .

المطلب الثاني إحكام الحيازة العرضية

والحائز العرضي لا يستطيع أن يتمسك بتلك الحيازة لكسب الحق محل الحيازة بالتقادم^(٢) أو بحماية حق الملكية إلا باسم الحائز الأصلي إذ أن الحائز العرضي

(١) انظر في ذلك الوسيط الجزء السادس في الإيجار الطبيعة المنقحة فقرة ٢٧١ ص ٢٨٢ للدكتور السنهوري وأيضاً البند ٧٧١ و ٢٧٢ ص ١١٣١ : ١١٤٨ في الوسيط الجزء التاسع أسباب كسب الملكية طبعة ١٩٩٢ للدكتور السنهوري .

(٢) انظر في ذلك نقض مدني جلسة ١٩٨١/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض سنة ٢٢ رقم ٢٧٨ ص ١٥٢٨ .

المالك وإنكار منه حق المالك وأمام ملأ من الناس ويقوم بنزع ملكية العين له وينكر حق المالك عليها^(١) وذلك يخضع لقاضي الموضوع تحت رقابة محكمة النقض .

المبحث الثالث

تعريف الحيازة في الشريعة الإسلامية

تعريف الحيازة لغة :

جاء في القاموس : الحوز ، الجمع وضم الشيء .^(٢)

أما واضعوا المعجم الوسيط فقد أضافوا إلى معنى الضم الاستلاك فمن حاز الشيء حيازة ضمه وملكه وأضاف ابن المنصور إلى معنى الملك : القبض والاستيلاء بالشيء ، فقال حازه يحوز به ، إذا قبضه وملكه واستبد به . والملاحظ أن الجامع لمعاني الحيازة في اللغة : هو التسلسل والاستحواذ وهو مناسب لمعانيها في الاصطلاحين القانوني والشرعي .

تعريف الحيازة في الشريعة الإسلامية :

إهتمت الشريعة الإسلامية بالحيازة . وقد كان أكثر المذاهب الإسلامية إهتماماً بالحيازة ، المذهب المالكي وتعرض في هذه الجزئية لتعريف الحيازة في المذهب المالكي :

تعدد التعاريف في المذهب المالكي - أولاً في مختصر خليل :

ولهما : في ترجيح أحد البيتين على الأخرى ، حيث يكون أحد أسباب هذا الترجيح وضع اليد فيقول خليل : ويبد أن لم ترجع بينه مقابلة وجاء في شرح الخطاب : قال القرافي في كتاب الدعوى (تنبيه) اليد عبارة عن القرب والاتصال فأعطاهما ثواب الانسان التي عليه ونعله . ومنطقته ويليها السباط الذي هو جالس عليه والداية التي هو راكبا وتليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة بعدم الاستيلاء على جميعها ، قال بعض العلماء فيقدم أقوى البيدين على أضعفهما فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد إيمانها والراكب مع الراكب . والسابق قبل يقدم على الراكب مع يمينه انتهى فتأمله والله أعلم^(٣) .

وفي شرح نفس عبارة خليل يقول الدردير في الشرح الكبير (بيد) أي بوضع اليد بأن تكون الدار أو العرض في حوز أحدهما^(٤) .

وعبارة خليل الثانية وإن حاز اجنبى غير شريك وتصرف .

وقد عرف الشيخ على الصميني : أحد شراح رسالة ابن أبي زيد القيرواني :

الحيازة هو وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز المالك في ملكه بالبناء والفرس والهدم وغيره من وجوه التصرف^(٥) .

وفي الشرح الكبير يقول الدردير في تعريف الحيازة الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف يكون بواحد من أمور سكنى أو اسكان أو زرع أو غرس أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وط في رقيق .

ومن الواضح أن هذه الأفعال تشكل الركن المادي في الحيازة . حيث تتمثل في السيطرة والاستيلاء المادي على الشيء والقيام بأعمال مادية عليه دون أن يكون لدى الحائز نية التملك وفقاً لما ذكره الفقهاء من حيث الصيغة اللفظية^(٦) .

(١) انظر ذلك أيضاً نقض مدني جلسة ١٩٨١/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢١ رقم ١٣٨ ، ٨٦٢ ، ونقض مسددي جلسة ١٩٧٦/٣/٢٤ لسنة ٢٢ رقم ٣٢ وأيضاً نقض مدني جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ لسنة ٢٧ رقم ٣٠٢ ، ونقض رقم ٧٦ لسنة ٢٠ جلسة ١٩٧٦/٤/٢٣ ونقض رقم ٦٢ لسنة ١٦١ جلسة ١٩٤٢/٥/١٤ انظر في ذلك المفسرة ١٤١٥ و ١٤٧١ و ٧٧١ و ٧٧٤ للموسوعة الذهبية القواعد التي قررتها محكمة النقض : الاستصدار المدني - الجزء الرابع طبعه ١٩٨٢ للأستاذ / حسن الفكاهي وبعد المتمع حسني مطبعة الدار العربية للموسوعات .

(٢) انظر القاموس المحيط لصاحبه محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي ج ٢ ، ١٨٠ فصل الحيا باب الزاى - محمد فهد وجدي في كتابه المرسوم دائرة محاربات القرن الرابع عشر ومفردات دار المعارف للطباعة والنشر ببيروت ج ٣ ص ٦٤٨ سنة ١٩٧١ .

(٣) وانظر أيضاً رسالة « دور الحيازة في الزرع الحيازي » للدكتور / ربهان يوسف حمود رجب طبعه ١٩٨٦ بند ٢١ ص ١١٥ ، ١١٦ - كلية حقوق القاهرة .

(٤) انظر في ذلك رسالة « الحيازة بسوء نية كسب لكتاب الملكية » للدكتور مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي ص ٦٩١ طبعه ١٩٩١ - كلية حقوق بني سويف جامعة القاهرة .

(٥) شرح الخطاب ج ٩ ص ٢٠٥ .

(٦) حاشية على الصميني المدعى على رسالة ابن زيد القيرواني ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٧) انظر الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقوانين الوضعي - الدكتور محمد عبد الجواد محمد البند ٣٤ ص ٦٥ ، ٦٦ طبعه ١٩٧٧ - ١٣٩٩ مطبعة منشأة المعارف .

(٨) حاشية النورقي : على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٩٥ .

مسلم عاقل بالغ وهو باب الشهادة أو باب الشهادات
عند شرحه فجات في شهادة السماع والترجيع في
البيتين المتعارضين والحيازة .

المطلب الأول

تعريف الحيازة العرضية في الشريعة الإسلامية

إنتهينا فيما سبق من تعريف الحيازة في الشريعة
الإسلامية وتعرض في هذا المطلب لتعريف الحيازة
العرضية حيث يعرف فقهاء المذهب المالكي باعتباره
أكثر المذاهب اهتماماً وتعريضاً للحيازة بوجه عام
وللحيازة العرضية بوجه خاص وستناول فيما يأتي
تعريف الحيازة العرضية .

(أولاً) يقول الدردير : « لان الحوز قد يكون من ملك
وغيره فهو اعم من الملك والأعم لا يستلزم الأخص » (١)
ويقول ابن فرحون : « اذا عرف أصل دخول الحائز
في الملك مثل أن يكون دخوله بكراً أو عارية أو غصب
أو اعمار ، فهو محمول على ذلك ولا ينتفع بحيازته
حتى يأتي بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبة ونحو
ذلك » (١-)

- (١) وقد ورد في الحديث في فتح المولى الملك ج٢ ص ٣٢٠ .
(٢) وانظر أيضا الدكتور محمد عبد الجواد المرجع السابق بند ٣٢ ص ٦٦ ، ٦٥
(٣) انظر الخطاب في مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل ج٢ ص ٢٢٩
(٤) انظر كثر الصالح في سنن الأثر والافعال للشيخ علاء الدين علي التقي
ابن حسان الدين الهندي البرهاني طبعة حيدر آباد ١٣١٣ ج٢ ص ١٨٦
تحت ٩٠٨ - برواية من احتياز ارضا عشر سنين فهي له .
(٥) انظر في ذلك ابن عبد الرزاق في الجامع عند زيد بن اسلم وانظر ايضا
فتح الارشاد بعمدة الاطراف لحافظ جمال الدين ابن الحاجب يرسف بن
الذكي عبد الرحمن بن يوسف ، مطبعة الدار القلمية ببيروت في نهاية الهندي
ج٢ ص ١٢٣ تحت رقم ١٨٦٦٢ طبعة عام ١٤٠٣ هـ ١٩٨٢ م .
(٥) انظر في ذلك حاشية الدروري على الشرح الكبير ، ابر الحسن علي بن
عبد السلام الدروري ، في كتابه البهجة في شرح التحفة مطبوعات
شركة مانتبه ومطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ج٢ ص ٢٥٤ ،
١٩٥١ .
(٦) انظر في ذلك الفتوة الجزء ١٣ ج٢ ص ٢٧ ، ٢٨ ، ٥٣ .
(٧) وانظر في ذلك الدكتور/ محمد عبد الجواد محمد المرجع السابق بند ٢٣
ص ٥١ ، ٥٠ .
(٨) وانظر أيضا الدكتور/ بيان يوسف حمود وجيب المرجع السابق بند ٢٣
ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ .
(٩) انظر الشرح الكبير على هامش حاشية الدروري ج٢ ص ١٩٦ .
(١٠) انظر تبصرة الحكام في هامش فتح المولى الملك ج٢ ص ١٠٣ .

ويلاحظ على التعاريف السابقة للحيازة أنها يبرز
منها بشكل واضح الركن المادي في الحيازة كما سبق
الإشارة أما الركن المعنوي فهو ينطوي في طيات
التعريف حيث أن الاستيلاء إذا لم يكن بقصد امتلاكه
أو على الأقل لترتيب حق عيني عليه لأصبح لغوا ولما
ساغ ذكره في التعريف حيث أن الفقه الإسلامي في
معظمه لا يقتصر على وجود نية التملك فقط بل
يفترض في الغالب أن يكون الحائز مالكا فعلياً للشئ .
المحوز هذا ويستعمل المذهب المالكي والحنبلي كلمة
الحيازة . أما فقهاء باقيه المذاهب فتستعمل كلمة اليد .
ويستند فقهاء المذهب المالكي باعتباره أنه المذهب
الأكثر تعرضاً واهتماماً وبحسباً في الحيازة إلى حديثين
لرسول الله ﷺ :

(أولاً) الحديث الأول : عن رسول الله ﷺ .

لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم

وهذا الحديث وإن قطع بأن الحقوقي لا يمكن أن تستقط
بالتقادم فلا يكون للحيازة أثر فيما يتعلق بملكيبتها
ولأن فقهاء المذهب المالكي يقولون بأن هذا الحديث ملعل
يوجود الأسباب المانعة من الطلب بالقبضية البعيدة وعدم
القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه
الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور
دلالة بقوى بها سبب المطلوب والامتلاك به خاص بما في
الذمة (٢) .

ثانياً: الحديث الثاني : عن رسول الله ﷺ انه قال :

في رواية أولى : « من حاز شيئاً على خصمه عشر
سنين فهو حق به منه » (٣) .

وفي رواية ثانية : « من احتاز ارضاً عشر سنين
فهي له » (٤) .

وفي رواية ثالثة : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو
له » (٥) .

هذا وقد وردت أحاديث الحيازة في مدونه الإمام
مالك وجاء ذلك في موضوعين هما كتاب الشهادات
وكتاب الدعوى (٨، ٧) . أما بالنسبة لمختصر خليل فقد
وردت النصوص بوضع اليد وللحيازة في باب العدل هو

الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴿٤٦﴾ صدق الله العظيم . فإن الفقهاء يقررون أنه متى التزم الشخص بعقد فإن أي التزام يصدر منه بعد ذلك متعلقاً بمحل الالتزام الأول لا يكون له تأثير في الأول وتطبيقاً لذلك فإنه إذا قام شخص بتأجير عينٍ يملكها أو رهنها لآخر ثم قال بعد ذلك ببيع هذه العين لشخص ثالث فإن هذا البيع لا أثر له على حق المستأجر أو الدائن المرتهن بل أن البيع يعتبر موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وننبه في هذا المقام . إلى أنه إذا كان التعرض للحيازة من جانب المؤجر فإنه لا يعد اعتداءً على الحيازة بل أن التعرض يكون الفصيل فيه بالرجوع إلى عقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر . حيث لا يحق للمستأجر رفع دعاوى الحيازة ضد المؤجر وفي فقه المذهبين المالكي والحنفي نجد حماية سابقة لحق كل من المستأجر والدائن المرتهن .

أولاً : سنتعرض إلى حماية المستأجر كحائز عرضي في فقه المذهب المالكي :

فقد جاء في المونه في كتاب الاستحقاق « عنوان فرعى » في الرجل يكتري الأرض فيزرعها ثم يستحقها رجل في أيام الحرث وغير الحرث وما نصه « قلت » أرايت أن اكسريت أرضاً سنة واحدة بعشرين ديناراً لأزرعها فلما فرغت من زراعتها وذلك في أيام الحرث بعد فأتى رجل فاستحقها لا يكون له أن يقطع الزرع في قول مالك أما لا (قال) : ليس له أن يقطع زرع هذا الزارع . إذا كان الذي اكراه الأرض لم يكن غصبها وكان المكسري لم يعلم بالغصب لأنه زرعها بأمر كان يحوز له ولم يكن متعدياً (قلت) ولم لا يكون لهذا الذي استحق أن يقطع زرع هذا الزارع وقد صارت الأرض أرضه ؟ (قال) قد أخبرتكم لأن الزارع لم يزرع غصباً^(١) وأما زرع على وجه شبهه وقد قال مالك فيمن

ويقول ابن جزى : في مناسبة ترجيح يد الحائز على ادعاء المدعى « إلا أن أثبت (المدعى) أن يبد الحائز على وجه الكراه أو المساقاة أو الأعمار أو شبه ذلك »^(٢) . وبذلك يميز فقهاء المذهب المالكي تمييزاً واضحاً بين الحائز المالك ولو في الظاهر والحائز العرضي الذي تقتصر حيازته على السيطرة المادية على الشيء المحوز دون ادعاء ملكيته وهم يعتبرون المحوز أعم من الملك لأنه يشمل وغيره . فكما أن يكون الحائز مالكا وهذا هو الظاهر يمكن أيضا أن يكون مجرد حائز عرضي فالحيازة العرضية لا أثر لها بالنسبة لمن يدعى ملكية العين المعزوة ولا يحمل للحائز العرضي أية علاقة بملكية هذا العين وهذا هو نفس الموضع في القانون المصري والقانون الروماني القديم في مفهوم الحيازة^(٣) .

المطلب الثاني

حماية الحيازة العرضية في الشريعة الإسلامية

انتهينا في المطلب السابق من تعريف الحيازة العرضية في الشريعة الإسلامية وتعرض في هذا المطلب لحماية الحيازة العرضية وسوف يتركز بحثنا لهذه الحماية على أهم مشالين في نظرنا كحائزين عرضيين وهما المستأجر والدائن المرتهن حيازي .

ذلك كما بينا بالنسبة لتأثر القانون المصري في حماية الحيازة العرضية بأخذه بالنظرية المادية في حماية الحائز العرضي بمقتضى المادة ٥٧٥ مدني بالنسبة للمستأجر وأعطاه الحق في رفع دعاوى الحيازة المقررة قانوناً . ونرى أن استبقاء المشرع المصري عبارة دعاوى وضع اليد مما يتضح معه تأثر المشرع المصري بالشريعة الإسلامية والتي تطلق على دعاوى الحيازة دعاوى وضع اليد .

ومن المعروف أن الفقه^(٤) الإسلامي يقوم أساساً على الاحكام الشرعية المنصوص عليها في القرآن الكريم وعلى ذلك الاحكام المنصوص عليها في أحاديث الرسول الله ﷺ وأنه نتيجة لذلك يعتد باعتداد كبير بالاسس الدينية والخلقية ولما كان القرآن الكريم ينص على القوة الملزمة للعهد والعهد بقوله تعالى ﴿ يا أيها

(١) انظر قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية دار العلم للملايين بيروت ص ٣٣٢ .

(٢) انظر في ذلك الدكتور / محمد عبد الجواد محمد بند ٣٩ ص ٧٢ ، ٧٣ المرجع السابق .

(٣) انظر في ذلك الدكتور / محمد عبد الجواد محمد المرجع السابق بند ٤٠ ص ٧٣ .

(٤) الآية الأولى من سورة المائدة .

(٥) انظر في ذلك المونه الجزء ١٤ ص ٤٧ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٠ .

٢ - إذا أجاز الدائن المرتهن بيع المال المرهون . امتنع على المدين الراهن البائع الرجوع في البيع وذلك على أساس أن الدائن المرتهن قد تنازل عن حقه في جميع البيع نافذاً لازماً .

٣ - ضمان استيفاء الدائن المرتهن لحقه في ذمة المدين الراهن ويرتب على ذلك أنه إذا باع المدين المرتهن المال المرهون بما يساوي دين الدائن المرتهن أو أكثر منه ووفاء دينه فليس لهذا الدائن حق إجازة البيع وإنما يكون حق الإجازة في حالة بيع المال المرهون بشمن يقل عن دين الدائن المرتهن بحيث يتبقى له جزء من الدين لم يسدد .

٤ - إذا باع المدين الراهن المال المرهون ولم يدفع للمرتهن دينه فإنه يجب عليه أن يقدم له رهناً مماثلاً .

٥ - إذا كان الدين مؤجلاً ولم يحل موعد أدائه فإن بيع المال المرهون لا يسقط الأجل بل يبسقى الشمن مخصصاً لسداد دين الدائن عند حلول أجله .

٦ - إذا سلم الدائن المرتهن المال المرهون الذي كتبه للمدين الراهن فباعه هذا فإن الدائن المرتهن يكون قد تنازل عن حقه في حبس المال المرهون .

ثالثاً : حماية الحيازة العرضية في المذهب الضمني :

حيث جاء في التزام البائع بتسليم المبيع حيث نصت المادة ٢٦٨ من المجلة على أنه إذا بيعت أرضاً مشغولة بالزرع يجبر البائع على رفع الزرع بحصاده أو رعيه وتسليم الأرض خالية للمشتري .

ولكن المادة ٥٩٠ من المجلة تنص على أنه : لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذاً في حق المستأجر حتى أنه بعد انقضاء مدة الإجازة يلزم البائع في حق المشتري وليس له الامتناع عن الاشتراء إلا أن يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجازة ويلغى القاضى البيع لعدم إمكان تسليمه وإن جاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم ولكن لا يؤخذ

زرع على وجه شبهه أنه لا يقلع زرعه ويكون عليه الكراء وعلى ذلك فحماية المستأجر في هذه الصورة تقتضى أمرين أولهما ألا يكون المؤجر غاصباً وثانيهما ألا يكون المستأجر عالماً بالغصب وهذا ما يسميه القانون الوضعي «بشمن التيه» أى لا يعلم بأنه غاصب فإن الإمام مالكا يرى أنه زرع على وجه شبهه ولذلك لا يقلع زرعه .

ثانياً : أما بالنسبة لحماية الدائن المرتهن :

فقد جعلت مدونه الإمام مالكا عنواناً « في بيع الراهن الرهن بغير أمر المرتهن أو بأمره » (١) وهنا نصه (قال) وقال مالكا إذا رهن الرجل رهناً فباعه الراهن بغير إذن المرتهن (قال) فلا يجوز بيعه وإن أجازته المرتهن جاز البيع وعجل للمرتهن حقه ولم يكن للراهن أن يأبى ذلك إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن فأجاز ذلك المرتهن (قال سحنون) إنما يكون للمرتهن أن يميز البيع أو يرد إذا باعه الراهن بأقل من حق المرتهن فأما إذا باعه بمثل حق المرتهن أو أكثر . فلا خيار له . لأن المرتهن أخذ حقه فلا حجة له (قال مالكا) فإن باعه بإذن المرتهن فسقط المرتهن لم أذن للراهن في البيع لبأخذ الرهن الشمن (قال) يحلف فإن حلف فأبى الراهن برهن ثقة يشبه الرهن الذي باعه . أخذه المرتهن وقف له رهناً وأخذ الراهن الأول وقف هذا الشمن إلى محل أجل دينه ولم يجعل للمرتهن الدين (قلت) وما ذكرت من أن المرتهن إذا أذن للراهن في البيع لم يكن نقصاً للرهن : إفا ذلك إذا باع الراهن والرهن في يد المرتهن لم يخرج يد قال (نعم) (قلت) فإن أمكن المرتهن الراهن من الرهن لبيعهم وأخرجه من يده إليه ليكون الرهن قد خرج من الرهن ؟ (قال) نعم أراه قد تقضى رهنه حيث أسلمه إلى الراهن وإذن له فيما إذن له فيه من البيع (قلت) وهذا قول مالكا ؟ قال نعم هو قول مالكا .

ويتضح من هذا النص وما يشمل عليه من حالات أن المقصود هو حماية حق الدائن المرتهن بضمان وصول حقه إليه إذا بيع المال المرهون ضماناً لحقه وهذه هي الأحكام التي تستخلص من النص :

١ - بيع المدين الراهن للمال المرهون موقوف على إجازة الدائن المرتهن إذا لم يكن ثمنه كافياً لسداد دينه .

(١) انظر في ذلك الدكتور / محمد عبد الجواد المرجع السابق بند ٤٧ ص ٧٤

وعليه فإننا سنبحث المعالجة التشريعية في مبحثين .
المبحث الأول : في الحماية الوقائية للحياة وفقاً للقانون
 ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

المبحث الثاني : في الطعن على القرار الصادر بشأن
 الحياة .

المبحث الأول الحماية الوقائية للحياة وفقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ (٣)

في أول يونيو ١٩٩٢ صدر القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢
 والذي تم نشره بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر والذي
 تتضمن نصوصه في المادة ١١ منه على إلغاء المادة
 ٣٧٣ مكرراً من قانون العقوبات وأيضاً في المادة
 الرابعة منه بإضافة المادة ٤٤ مكرراً والمادة ١٧٤ والى
 بهنما هو في هذا المقام هو المادة ٤٤ مكرراً والتي تم
 اضافتها إلى مواد قانون المرافعات بجانب المادة الأخرى
 والتي لا تدخل في موضوع بحثنا ، وقد قرر المشرع
 تاريخ سريان القانون وحدده ابتداءً من الأول من شهر
 أكتوبر ١٩٩٢ .

هذا وقد نصت المادة ٤٤ مكرراً من القانون ٢٣ لسنة
 ١٩٩٢ على الآتي :

على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من
 منازعات الحياة المدنية كانت أو جنائية أن تصدر فيها
 قراراً وقتياً مسبباً وأجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال
 أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة . ويصدر
 القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة
 على الأقل . وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لنوى
 الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره . وفي جميع

(١) انظر الدكتور / محمد عبد الجواد محمد ، بند ٤٤ ص ٧٦ ، ٧٧
 للمرجع السابق .

(٢) انظر في ذلك المرجع السابق بند ٣١ ص ٦٧ للدكتور / محمد عبد الجواد
 محمد .

(٣) انظر في ذلك القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . الجريدة الرسمية العدد ٢٢
 مكرر أول يونيو ١٩٩٢ .

انظر في ذلك للمادة ١١ و ١٣ من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

انظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للمادة ٤٤ مكرراً من القانون ٢٣ لسنة
 ١٩٩٢ .

المأجور من يده ما لم يصل اليه مقدار ما لم يستوفيه من
 بدل الإجارة الذي اعطاه نقداً ولم يسلم المستأجر المأجور
 قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه .

وهكذا يتضح بكل جلاء أن حق المستأجر السابق
 على البيع مقدم على حقه (١) المشتري وإذا كان نص
 المجلة قاصراً على المستأجر فإن المادة ٣٩٣ من مرشد
 الحيران تنص على أن : بيع الموهون والمستأجر يتعقد
 موقوفاً على إجازة المرتها والمستأجر فإذا أجاز المستأجر
 البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجارة نفذ البيع ولا
 ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفي ماقدمه من
 الأجرة الغير مستحقة . وكذلك الحكم أن أجاز المرتها أو
 قضى الراهن دينه أو أبراه المرتها منه يتم البيع وليس
 للمستأجر والمرتها فسخ البيع ولا للمؤجر أو الراهن
 وأما المشتري فله خيار الفسخ قبل الإجارة وإن كان يعلم
 بالإجارة والرهن وإذا كان القانون يحمي الحائز العرضي
 وبخاصة المستأجر (٢) ويحمي حقوق الدائن المرتها إلا
 أن حماية الفقه الإسلامي للحياة العرضية أقوى من
 حماية القانون . وبهذا النتيجة تنتهي من المطلب الثاني
 من المبحث الثالث بالحياة العرضية وحمايتها .

الفصل الثاني المعالجة التشريعية لحماية الحياة

تعرضنا فيما سبق لموقف المشرع المصري في حماية
 الحائز العرضي وإن كان المشرع المصري قد أعطى الحق
 للمستأجر في رفع دعاوى الحياة الثلاثة وفقاً لما تنص
 عليه المادة ٥٧٥ مدني إلا أننا سنبحث في هذا الفصل
 ما هو أحدث من وسائل كفلها القانون لحماية الحياة
 بوجه عام سواء كان التعرض للحياة موجهه للمالك وهو
 الحائز بالفعل أو موجهه إلى الحائز العرضي . ورغم أن
 المشرع قد كفل حماية الحياة بدعاوى الحياة المختلفة
 إلا أنه وإزاء تزايد منازعات الحياة فقد قررنا بنص
 قانوني جديد إضافة إلى مواد قانون المرافعات حيث قرر
 إعطاء النيابة العامة سلطة أوسع مما كانت لها من قبل
 حيث أنه وفقاً لما تقضي به المادة ٤٤ مكرراً من القانون
 ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . حيث للنيابة العامة أن تصدر قراراً
 بحماية الحياة عند عرض منازعات الحياة عليها سواء
 كانت مدنية أو جنائية .

الاحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أما القاضى المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار . ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقضى بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه وله بناء على طلب التظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم .

وقد كان لتزايد منازعات الحيازة خلال الفترة الأخيرة بالنسبة للمساكن أو على الأراضى الزراعية ويشهد بذلك الواقع العملى . حيث أن منازعات الحيازة قد وصلت فى بعض الأحيان إلى درجة الجريمة الجنائية . مما جعل المشرع يفكر فى بحث وسيلة فى حماية مؤقتة لحيازة الأفراد دون أن يمس بذلك أصل الحق المتنازع على حيازته . وقد كان الخلاف حول طبيعة قرار النيابة الصادر فى هذه المنازعات . وهل هو قراراً قضائياً أم هو قراراً إدارياً يقبل الطعن عليه أمام محكمة القضاء الإدارى وقد كان ذلك محل خلاف ونقاش وجدل دائم أمام المحاكم وقد وصل الخلاف إلى أشده خلال الفترة السابقة على صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والخاص بتعديل قانون العقوبات بإضافة المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات إليه .

مراحل تطور طبيعة قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات الحيازة

أولاً : قبل صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ :

فقد كان الخلاف كما سبق أن ذكرنا حول طبيعة قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات الحيازة وخاصة فيما يتعلق بقرارها التقليدى وهو يبقى الحال على ما هو عليه وعلى المتضرر اللجوء إلى القضاء . لذلك كان هذا القرار محل جدل فهل هو قرار قضائى أم قرار إدارى يقبل الطعن عليه . وقد كان قضاء محكمة القضاء الإدارى قد جرى على أن النيابة العامة هى فى حقيقة الأمر شعبة أصيلة من شعب السلطة التنفيذية تجمع بين طرف من السلطة القضائية وآخر من السلطة الإدارية إذ خصتها القوانين بصفتها أمانة على الدعوى العمومية بأعمال من حجم الأعمال القضائية وهى تلك التى تحصل بأجرامات التحقيق والاتهام كالقبض على المتهمين وحبسهم وتفتيش منازلهم ورفع الدعوى

(١) انظر فى ذلك الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٧٧١ لسنة ٢٣ جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ من ٢٥ ص ٣٢٠ .
انظر فى ذلك الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٣ جلسة ١٩٧٨/٦/١٠ المحكمة الإدارية العليا بمجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٣٩ .
انظر فى ذلك الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٦٨ جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٤ بمجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٤٢ والطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٦٨ جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٤ بمجموعة ١٥ سنة عليا ص ١٤٢ .
انظر فى ذلك الطعن رقم ٧٨٦ لسنة ٧٥ جلسة ١٩٨١/١٢/٥ والطعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٧٥ جلسة ١٩٨١/١٢/١٢ والطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٧٥ جلسة ١٩٨١/١٢/١٩ بمجموعة المكتب الفنى بهيئة مفوضى الدولة .

ثانياً : بعد صدور القانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بتعديل قانون العقوبات بإضافة المادة ٣٧٣ مكرراً :

حيث نصت المادة ٣٧٣ مكرراً المضافة إلى قانون العقوبات بالآتي :

« يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الباب . دخول بيت مكون أو معد للسكنى بقصد منع حيافة المأذنة أو ارتكاب جريمة فيه أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظي لحماية الحيافة على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على الأكثر على قاضي الحيافة الجزئي المختص لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه ، ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار وعلى المحكمة عند نظر الدعوى الجنائية أن تفصل في النزاع بناءً على طلب النيابة العامة أو المدعي بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال بعد سماع أقوال ذوي الشأن بتأييد القرار أو بإلغائه وذلك كله دون مساس بأصل الحق . ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى » وقد عرض أمر النيابة الصادر في منازعات الحيافة في ظل النص المتقدم على محكمة القضاء الإداري بجلسته ٢٩/٥/١٩٨٤ بمناسبة الدعوى التي أقامها الدكتور حسن توفيق ضد قرار النيابة العامة بمنع تعرضه لأعضاء مجلس نقابة التجارين بشأن منصب التقييد فأرست المحكمة مبدأ هاماً حيث قررت : « قرارات النيابة العامة في شأن الحيافة في ظل القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تعتبر قرارات قضائية » (١) .

وبهذا رسم المشرع وفقاً لما جاء بنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات والمضافة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ طريقاً لجرائم التعدي على الحيافة أو انتهاك حرمة ملك الغير وأصبح هذا السبيل هو وحده الذي يتعين ولوجه وهو طريق متكامل من شأنه استيعاب صفة القرار القضائي على قرار النيابة العامة المؤيد بقرار مسبب من قاضي الحيافة الجزئي وبهذا أخرجت هذه القرارات من نطاق القرارات الإدارية ولم تدخل في اختصاص محاكم مجلس الدولة فيتمتع المحكم بعدم اختصاص المحكمة ولا تلتأى بنظر الدعوى (٢) .

ثالثاً : بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ :

حيث أضاف المشرع في المادة الرابعة من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ إضافة المادة ٤٤ مكرراً إلى مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية وبناءً على ما أعطاه المشرع للنيابة العامة من سلطة في إصدار قرارات وقعية مسببة واجبة التنفيذ فوراً حيث أنه سلب ما كان لقاضي الحيافة الجزئي من سلطة إصدار قرار بتأييد أو إلغاء أو تعديل قرار النيابة العامة في مسائل الحيافة وفقاً لما كان يقضي به القانون في المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات وبذلك أصبحت النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصلي في إصدار تلك القرارات دون معقب عليها وبذلك تلاشى المشرع المشاكل التي أثارها المصل بنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات وأصبح قرار النيابة العامة بمقتضى المادة ٤٤ مكرراً قراراً قضائياً لا منازع فيه حيث جعل المشرع التعظم منه سواء أكان القرار صادر في منازعة مدنية أو جنائية . أمام قاضي الأمور المستعجلة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان ذوي الشأن بقرار النيابة .

دور النيابة العامة في منازعات الحيافة المعروضة عليها وفقاً لنص المادة ٤٤ مكرراً

حيث أنه وفقاً للنص الجديد للمادة ٤٤ مكرراً . إذا ما أثار نزاع حول الحيافة فيان لأي من ذوي الشأن الإلتجاء إلى النيابة العامة لحماية حيافته سواء أكان الاعتداء على حيافته يمثل إحدى صور الاعتداء المجرم في قانون العقوبات في المواد من ٣٦٩ : ٣٧٣ عقوبات أو أن الأمر لا يشكل سوى نزاعاً مدنياً وفقاً لما جاء بنص المادة ٤٤ مكرراً حيث يرى البعض (٣) أن العبارة الواردة في النص معيبة وهي المتعلقة بنزع المنازعة « مدنية أو جنائية » ذلك أن المنازعة لا تطلق إلا على المنازعة المدنية أو حيث تقع جريمة فلا تكون بصدد منازعة المعنى القانوني .

(١) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٧٤٩ لسنة ٣٨ جلسة ٢٩/٥/١٩٨٤ .

(٢) وانظر أيضاً المبدأ ٥١ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ٥٩ من كتاب « القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة للمفسر المساعد بمجلس الدولة / صدى باسین عكاشة طبعة ١٩٨٧ .

(٣) انظر في ذلك « الوسيط في قانون القضاء المدني » الطبعة الثالثة ١٩٩٣ البند ٦٤ مكرراً ١٠٨ لأستاذ الدكتور / فصي ولى .

وينفذ القرار بمجرد صدوره ولو لم يتم اعلانه للزى الشأن أو قبل انقضاء مهلة الثلاثة أيام المحددة لاعلانه للزى الشأن . حيث أن الأمر لا يتعلق بسند تنفيذي (١) ويجب إعلان السند التنفيذي وتكليف المنفذ ضده قبل إجراء التنفيذ . كما أنه لا يجوز رفع الإشكال لوقف تنفيذه أمام قاضي التنفيذ أو حتى التظلم منه للمعاصي العام والذي يرأس النيابة العامة مصدرًا للقرار حيث أن العمل قد جرى على التظلم من قرار النيابة وفقاً لما يقضى به قانون الإجراءات الجنائية . حيث يتم التظلم من القرار للمعاصي العام أو للنايب العام ولكن المشرع سلب هذا الحق وغوله للقاضي الطبيعي وهو قاضي الأمور المستعجلة .

إعلان قرار النيابة للزى الشأن

لم يبين النص الوارد في المادة ٤٤ مكرراً طريفاً معيناً لاعلان زوى الشأن بقرار النيابة وكان ذلك محل خلاف حول كيفية إعلان زوى الشأن . حيث ذهب البعض ونحن معه وهو الرأي الراجح لنا . حيث أن الإعلان يتم وفقاً لما تنص عليه المادة السادسة مرافعات والتي توجب على أن يكون الإعلان بواسطة المحضرين حيث يكون بناءً على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة وإن كانت النيابة العامة لا تقبل أحد من هؤلاء إلا أنه يمكن القول بأن نص المادة ٤٤ مكرراً يخسر النيابة هذه السلطة إضافة إلى من ذكرتهم المادة السادسة من قانون المرافعات . ويؤكد ذلك أيضاً في رأينا ما أشار اليه الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من السيد المستشار النائب العام في ١٠/١٩٩٢ في البند الثاني من هذا الكتاب والذي صدر بهد العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(١) انظر في ذلك « شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ » للمستشار / عز الدين الناصري والأستاذ / حامد حجاز الحامى ص ٢٩ طبعة سبتمبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر في ذلك المرجع السابق ص ٢٨ للمستشار / عز الدين الناصري والأستاذ / حامد حجاز الحامى .

(٣) انظر في ذلك الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١٠/١٩٩٢ بصدر العمل بقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٤) انظر المرجع السابق « الوسيط » بند ٦٤ ص ١١٠ للدكتور / فحس والى .

هذا وينطبق نص المادة ٤٤ مكرراً على جميع صور الحيازة سواء أكانت متعلقة بحق عيني عقارى أو أى حق آخر وبذلك يخرج من نطاق المادة ٤٤ مكرراً طلبات اثبات الحالة (١) التي يتقدم بها الأفراد إلى مراكز وأقسام الشرطة والتي قد يطلب فيها انتقال أحد أفرادها إلى عقار لاثبات حق عيني عليه .

وتقوم النيابة العامة بإجراء التحقيق بنفسها أو بإجراء المعالجة أو سماع أطراف النزاع والتحقق من الحائز الفعلي والإطلاع على محاضر الاستدالات . وقد تندب النيابة العامة أحد أعضائها للقيام بالاجراءات السابقة أو أن تندب أحد مأموري الضبط القضائي القيام بإجراء المعالجة أو أى إجراء تنجبه في القيام به .

وتصدر النيابة قرارها بالنسبة لمنازعة الحيازة المعروضة عليها إما بحفظ الشكوى أو بإبقاء الحال على ما هو عليه أو بتسكين من انتزعت حيازته من الحيازة .

وجوب تسبیب قرار النيابة العامة

حيث أوجب المشرع في المادة ٤٤ مكرراً على وجوب تسبیب قرار النيابة تسبیباً كافياً وصبيناً الوقتان والأسانيد القانونية التي ينشئ عليه حيث لا يصلح التسبیب المبستر (٢) أو القاصر . فلا يجوز مثلاً أن تسبب القرار بأنه ثبت لها من محضر الضبط أو التحقيق الذي أجرته أن فلاناً هو واضع اليد على العقار ويعوزها وأن الخصم الآخر ينازعه بغير حق وأن ذلك تأيد بالمعينة .

قرار النيابة الصادر في الحيازة واجب التنفيذ فوراً

حيث يمكن للقرار الصادر من النيابة العامة قوة تنفيذية وينفذ القرار وفقاً لإجراءات التنفيذ الجبرى في قانون المرافعات ولو كانت المنازعة مدنية . وهذا هو الهدف الرئيسى من جعل سلطة الحماية الوقتية للحيازة للنيابة العامة لما يتسم به قرارها من السرعة الحاسمة في تنفيذ قراراتها . وهذا أيضاً ما أوضحه الكتاب الدوري رقم ١٥ الصادر من السيد المستشار النائب العام (٣) في الأول من أكتوبر ١٩٩٢ بمناسبة العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

جزء عدم إعلان قرار النيابة خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره لذوى الشأن :

لا يرتب القانون جزءاً على ذلك حيث أن القرار قد صدر صحيحاً في ذاته وأن مخالفة ذلك يرتب عليه فقط عدم بدء ميعاد التظلم من القرار . إلا من إعلان القرار اعلاتاً صحيحاً لذوى الشأن . وإن كان يرى البعض (١) أنه لا يجوز إعلان القرار عن طريق رجال الإدارة لما ينطوي على ذلك من فتح مجالاً للتلاعب لذلك كان الكتاب الدوري رقم ١٥ فاصلاً في ذلك .

هذا وقد أوجب البند الرابع من الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ (٢) الصادر من النائب العام على ضرورة إقامة الدعوى الجنائية قبل من ثبت أنه قد ارتكب أفعالاً من المعاقب عليها بمقتضى المواد ٣٦٩ : ٣٧٣ عقوبات على أنه ما يلاحظ أن القيد الوارد على النيابة العامة في إقامة الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من صدور قرار قاضى الحياة وفقاً لنص المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات قد الفى بإلغاء المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات بالمادة رقم ١١ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وبذلك أصبح قيد الميعاد قد زال عن عاتق النيابة العامة حيث كان الجزء المرتب على عدم إقامة الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً باعتبار القرار الصادر كان لم يكن وكان ذلك في ظل المادة ٣٧٣ مكرراً الملغاة بالمادة ١١ من القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وبذلك إذا لم تتم النيابة العامة بإقامة الدعوى الجنائية فإن ذلك لا يمنع الخصم الذى أضير من التعمدى على حيازته من إقامة جنحة مباشرة بالطريق المباشر .

النيابة المختصة بإصدار حماية الحياة :

لم تحدد المادة ٤٤ مكرراً النيابة المختصة بإصدار قرار حماية الحياة . ونرى عدم تحديد النيابة المختصة راجعاً لوحدة النيابة العامة وأما بالنسبة للمتخصص الذى كان موجوداً سابقاً وعلى سبيل المثال نيابة أمن الدولة ونيابة البلدية ونيابة الأموال العامة فقد لاحظنا خلال

الأيام التالية للعمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وابتداءً من أول أكتوبر ١٩٩٢ أن النيابة المتخصصة قد أدمجت وأصبحت نيابة عامة واحدة تشمل كافة القضايا سواء تعلقت الاعتمادات على أمن الدولة أو أموال الدولة أو الإنجهار بالمخدرات . ورغم ذلك فإن النص قد حدد درجة عضو النيابة المختص بإصدار القرار وهو ألا يقل عن رئيس نيابة وذلك لما له من الخبرة والدرية اللازمة ولما تتضمن به هذه المنازعات من أهمية خاصة وقد يتدرب رئيس النيابة أحد أعضاء النيابة لاتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق أو سماع الشهود أو إجراء المعاينة ثم يصدر رئيس النيابة قرار حماية الحياة وحيث أوجب القانون على أن لا يقل درجة عضو النيابة عن رئيس نيابة سواء أكانت نيابة جزئية أو نيابة كلية ورغم ذلك فقد جاء بالكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ أن مصدر القرار هو المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص إستطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام فى تلك المنازعات وبذلك يتضح لما لأهمية منازعات الحياة أن السيد المستشار النائب حدد فى كتابه الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عنه أن يكون مصدر القرار محامى عام (٣) .

المبحث الثانى

الطعن على القرار الصادر بشأن الحياة

وسوف نعرض فى هذا المبحث للحديث عن الطعن أو التظلم على القرار الصادر من النيابة العامة والذى كما سبق القول بأنه لا بد أن يكون مسبباً وواحب التنفيذ فوراً ويجب إعلانه لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام . ويجوز إعلانه لذوى الشأن يبدأ ميعاد التظلم من القرار أمام القاضى المستعجل وفقاً لما تقضى به المادة ٤٤ مكرراً .

(١) انظر فى ذلك المرجع السابق ص ٣٠ للمستشار عز الدين الناصورى والأستاذ / حامد عكار المحامى .

(٢) انظر فى ذلك الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ « البند الرابع » .

(٣) انظر فى ذلك الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام فى ١/١٠/١٩٩٢ « البند الأول منه » يصدر العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

ميعاد التظلم:

الصادر في حماية الحيازة بالأثر تزيد عن ثلاثة أمور إما إلغاء القرار أو تعديله أو تأييده على أنه يجب على القاضى المستعجل التأكد من ميعاد التظلم وهل تم التظلم خلال خمسة عشر يوماً من الاعلان حتى يكون التظلم مقبول شكلاً وعلى القاضى من تلقاء نفسه ان يحكم بعدم قبول التظلم شكلاً لعدم التظلم من القرار خلال الميعاد الذى نص عليه القانون لأنه ميعاد متعلق بالنظام العام وتتفق فى ذلك مع بعض ما قال بهنا الرأى فى صدد أهمية ميعاد التظلم^(١) وقولنا بذلك حتى لا يكون التلاعب بالميعاد سيفاً مسلطاً على رغبة الخصوم .

وقد حدد القانون فى إيقاف تنفيذ قرار النية حيث يكون من ضمن طلبات المتظلم فى تظلمه ويقرر القاضى المستعجل وقف التنفيذ بناءً على طلب المتظلم إلى حين الفصل فى التظلم وفقاً لما قضت به المادة ٤٤ مكرراً وما أشار إليه الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام^(٢) .

ولابد من أن يكون الحكم الصادر فى التظلم من القاضى مسبباً وإلا كان مشوباً بالقصور فى التسبيب . حيث إذا ما اصدر القاضى حكماً مؤسساً على ان قرار النية فى محله ويؤيده لأسبابه . حيث لا بد أن يشتغل التسبيب على الوقائع ودفاع الخصوم والأدلة على الرأى الذى خلص اليه .

وحيث أن الحكم الصادر فى التظلم ليس إلا حكماً وقتياً يجوز حجية مؤقتة لا تؤثر على أصل الحق وبذلك لا يتعرض القاضى المستعجل لأصل الحق عند نظر التظلم المطعون فيه على قرار النية العامة ، هذا وبقي الحكم الصادر من القاضى المستعجل لطعن عليه بالاستئناف^(٣) .

(١) انظر فى ذلك الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء احكام النسخ للاستشار الدكتور عدلى أمير خالد ص ٢٧ طبعة ١٩٩٣ منشأة المعارف - اسكندرية .

(٢) انظر فى ذلك شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ للمستشار / عز الدين الناصورى والأستاذ / حامد عكاز المحامى ص ٣٩ .

(٣) انظر فى ذلك : المرجع السابق ص ٢٧ . المستشار الدكتور / عدلى أمير خالد .

(٤) انظر فى الوسيط طبعة ١٩٩٣ النقطه بنه ٦٤ ص ١١١ للدكتور فتحى والى .

يبدأ ميعاد التظلم من قرار النية كما أوضحنا سالفاً من تاريخ إعلان ذوى الشأن وهم من صدر القرار فى حماية أى منها أو أى شخص آخر من أضرب بالقرار حيث يظل ميعاد التظلم معتداً إلى أن يتم إعلان قرار النية لذوى الشأن ضمن تاريخ إعلان يبدأ حساب ميعاد التظلم .

المحكمة التى تنظر التظلم:

وقد حددت المادة ٤٤ مكرراً المحكمة المختصة بنظر التظلم وهى محكمة الأمور المستعجلة سواء التى بها مقر المحكمة الابتدائية أو المحكمة الجزئية خارج المدينة حيث يختص قاضى الأمور المستعجلة بنظر التظلم وإن كنا نرى أن قاضى الأمور المستعجلة قد ينظر فى نفس الوقت المنازعات الخاصة بالتنفيذ وإن كان ذلك خارجاً عن مجال حديثنا ولكن ذلك مما نراه فى الواقع الصلى كما هو الشأن فى محكمة القاهرة للأمور المستعجلة حيث ينظر رئيس المحكمة القضايا المنظورة أمامه بعضها مستعجل والأخر يدخل فى اشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ .

إجراءات التظلم:

أوضحت المادة ٤٤ مكرراً إجراءات التظلم حيث يكون التظلم أمام قاضى الأمور المستعجلة وذلك برفع دعوى بالإجراءات المعتادة أمام القضاء المستعجل . والذى يقع فى دائرته النزاع على الحيازة . ويحدد المتظلم فى تظلمه أسباب تظلمه من القرار الصادر من النيابة وأسانيده والجميع التى يستند اليها^(١) ويحدد المتظلم طلباته والتى تكون بطبيعة الحال إما إلغاء قرار النية مع وقف تنفيذه وهذا هو الغالب وذلك إذا ما كان قرار النية قد صدر بتحكين خصمه من الحيازة . وقد يكون قرار النية ببقاء الطرفين المتنازعين فى الانتفاع بحيازة العقار أو تحكين خصمه من الانتفاع بالحق العينى عليه .

سلطة القاضى المستعجل فى الفصل فى التظلم المقدم له من قرار النية الصادر فى حماية الحيازة:

حيث حددت المادة ٤٤ مكرراً سلطة القاضى المستعجل فى التظلم المأمور أمامه من قرار النية

خاتمة

أن التظلم يقدم للقاضي المستعجل إلا أن لفظ الاستعجال هذا ليس إلا على الورق فقط فالواقع العملي يثبت عكس ذلك فالدعوى المستعجلة تستغرق من الوقت كما لو كان أوفر على المتقاضى إقامتها أمام القضاء الموضوعي نظراً لتأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة على أساس تقديم مستندات أو مذكرات أو لكون الدعوى مشدولة في الوقت المخصص لإجازة القاضي المستعجل الاصيل وطلبنا سرعة الفصل في التظلم يرجع لكون أن المستفيد الوحيد من التأجيل هو من صدر قرار النيابة لصالحه .

لذلك نرى أن يحدد المشرع وقتاً قصيراً للفصل في منازعات الحياة سواء أكانت أمام النيابة أو حتى أمام القضاء المستعجل في حالة التظلم من قرار النيابة العامة .

ثانياً: استعانة النيابة العامة لخبراء وزارة العدل وذلك ما كان موضوع النزاع المعروض أمامها يحتاج لبحث في أصل الملكية أو إجراء المعاينة يندب منها على الرغم من أن خبراء وزارة العدل أمامهم قضايا من الكم لا تكفي فيها المدة التي تحددها المحكمة في حكمها التمهدي يندب خبير في الدعوى . ولكن طلبنا ذلك على أساس سرعة الفصل ودون حاجة لفقد الوقت في مسائل تحتاج للخبرة الفنية .

ثالثاً: مراقبة سلامة الإعلانات بقرار النيابة وذلك بالتحقيق من ذلك من مراقبة أعمال المحضرين في تلك الاعلانات خاصة وأن القانون حدد ميعاد التظلم خلال خمسة عشر يوماً من اعلان ذوى الشأن .

رابعاً: سرعة إرسال ملف مفردات القرار المطعون عليه والتي يتظلم منه ذوى الشأن وذلك حتى يكون في البطء في إرساله سبباً لتأجيل نظر التظلم الذي يتخذ شكل دعوى يحدد لها جلسات أمام القاضي المستعجل واستعمال الحد الأقصى للتغريم لأي من أطراف النزاع الذي يحاول جاهداً تأجيل نظر التظلم وأيضاً تغريم قلم كتاب المحكمة المستعجلة إذا كان التأجيل من جانبه .

خامساً: نرى أنه أولى بالمشرع أن يجعل بدل من كلمة « يكون التظلم » يكون الطعن على قرار النيابة

يعون الله تعالى ويفضله نختم هذا البحث والذي يعلم الله كم بذلت من بحث ومجهود ووقت حتى أصل إلى رأى أخذ به بالنسبة للحياة العرضية وحمايتها ومدى تأثر القانون المصرى بأى من النظريتين سواء المادية التي أخذ بها في حماية الحائز العرضي أو الحائز الاصيل أو النظرية الشخصية التي كان يأخذ بها التفتين المدني القديم قبل مجموعة ١٩٤٨ للتفتين المدني الجديد والذي لم يصرح صراحة أخذه بالنظرية الشخصية بل أخذ بالنظرية المادية في حماية الحائز الاصيل والحائز العرضي كما يبين ذلك سابقاً وقد تعرضنا في بحثنا للحدث عن القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ورغم ما يحاوله المشرع من حل سريع للمنازعات الخاصة بالحياة إلا أننا نرى أن رغم هذه السلطة التي حولها المشرع للنيابة العامة إلا أنها موضع نقاش . ذلك أن طول التحقيقات قد يستغرق بعض الوقت وبالطبع هذا في صالح من يجوز الشئ . محل الحياة أو الحق محل الحياة (العقار) . ونرى حلاً لذلك هو تحديد مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً تصدر بعدها النيابة العامة قرارها مع المراقبة الشاملة لاعمال رجال الادارة ذلك أننا نرى في العمل بحكم اشتغالنا بمهنة المحاماة . المعاينة والنفوذ التي تكون للطرف أو ذوى الشأن ويستغلها في صالحه . ولذلك نرى انتقال أعضاء النيابة بأنفسهم لإجراء المعاينة وسماع شهود الطرفين إن أمكن بعد إجراء المعاينة ورغم عدم تصور حدوث ذلك إلا في أحوال بلاغ النيابة العامة في الجرائم التي تعد جنائيات والتي تستوجب انتقال النيابة العامة لمحل الواقعة أو نذب مأمورى الضبط القضائي في الاجراءات قبل وصول النيابة لمحل الواقعة . ونظراً أيضاً لكثرة البلاغات ومحاضرات الاستدالات المعروضة أمام النيابة العامة . هذا إلى جانب أن النيابة العامة لم يعد فيها نيابات متخصصة كما كان من قبل بل أصبحت نيابات واحدة تشمل كافة الجرائم التي تباشر التحقيق فيها سواء أكانت مالية أو جنائية أو متعلقة بالبناء .

ثانياً لا بد أن يجعل المشرع مدة الفصل في التظلم من قرار النيابة أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يستغرق ميعاد يزيد عن شهر أو شهرين وعلى الرغم من

ثالثاً : في القانون الإداري :

القرار الإداري في قضاء - مجلس الدولة طبعة ١٩٨٧ منشأة المعارف
أسكنديرة للمستشار المساعد بمجلس الدولة / حنيد ياسين عكاشة .

رابعاً : في قانون المرافعات المدنية والتجارية :

١ - المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الرابعة عشر ١٩٨٦ للأستاذ الدكتور
/ أحمد أبو الوفا .

٢ - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية مطبعة دار النهضة طبعة ١٩٨١
للأستاذ الدكتور / أحمد الصاوي .

٣ - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة ١٩٦٦ للأستاذ
الدكتور / رمزي سيب .

٤ - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القانوني للضمان في مصر طبعة
١٩٢١ مطبعة الاعضاء بمصر للأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو حيد .

٥ - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية ١٩٥٦ للأستاذ الدكتور /
عبد النعم الشرقاوي .

خامساً : في الشريعة الإسلامية :

١ - الفقهوس المحيط لصاحبه / محمد بن يعقوب القفريز أباذي الشيرازي .

٢ - المرسوم دقارة معارف القرن الرابع عشر ومشتريات دار المعارف للطباعة
والشربيهوت ١٩٧١ للأستاذ / محمد فريد وجدي .

٣ - رسالة « در الحيازة في الزهن الحيازي » للدكتور / بيان يوسف حمزة
رجب طبعة ١٩٨٦ كلية حقوق القاهرة .

٤ - حاشية على الصمدي العدوي على رسالة ابن زيد القيرواني .

٥ - الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي طبعة
١٩٧٧ - ١٣٩٧ هـ مطبعة منشأة المعارف أسكنديرة للأستاذ الدكتور /
محمد عبد الجواد محمد .

ذلك أن المشرع مازال متأثراً بما جرى عليه العمل
بالتسبب للقرارات التي تصدرها النيابة ويكون كما
مضى بالتظلم منها للمحامي العام أو المحامي
العام الأول أو للنايب العام نفسه بصفته الرئيس
الأعلى للنيابات ذلك أن قرار النيابة مثل أي قرار
يكون الطعن عليه إذا ما صدر ضد صاحب
المصلحة أو المتضرر منه مثله مثل القرار الإداري
الذي يطعن عليه أمام القضاء الإداري للحكم
بإلغائه وثمة ذلك أن المشرع جعل التظلم أمام
القاضي المستعجل بدعوى ترفع بالأجراءات
المعتادة .

وفي نهاية هذه الحاشية ندعو الله ونشكره على فضله
علينا وأن تكون هذه المقترحات التي وردت في خاتمة
البحث محل تقدير .

المراجع

أولاً : في القانون المدني :

- ١ - « دورس في الحقوق المدنية الأصلية » الكتاب الأول حق الملكية للأستاذ
/ جميل الشرقاوي مطبعة دار النهضة ١٩٧١ .
- ٢ - الوسيط الجزء السادس في الأيجار الطبعة المتقدمة مطبعة دار النهضة
العربية ١٩٨٨ للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري .
- ٣ - الوسيط الجزء التاسع المجلد الثاني « في أسباب كسب الملكية » مطبعة
دار النهضة العربية ١٩٩٣ للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري .
- ٤ - « شرح القانون المدني في الحقوق المدنية الأصلية » طبعة ١٩٥٦
للأستاذ الدكتور / عبد النعم البدراني .
- ٥ - « حق الملكية » الطبعة الثالثة ١٩٦٧ للأستاذ الدكتور / عبد الممنع فرج
الصد .

ثانياً : في القانون الجنائي :

- ١ - الموسوعة الذهبية للقرواعد التي قدرتها محكمة النقض المصرية منذ
إنشائها ١٩٣١ - « الإصدار الجنائي » الجزء الثالث للأستاذ / حسن
الكنهاني وعبد الممنع حسني المحاميان لدى محكمة النقض طبعة ١٩٨١
مطبعة البار العربية للموسوعات .
- ٢ - الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام بمناسبة
العمل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .
- ٣ - « شرح قانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ » للمستشار / عز الدين الدناصوري
والأستاذ / حامد عكاك الحامي طبعة سبتمبر ١٩٩٢ .
- ٤ - الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام النقض
للمستشار / الدكتور / عدلي أمير خالد طبعة ١٩٩٣ منشأة المعارف
أسكنديرة .

وصف الدنيا

قال الإمام على بن أبي طالب كرم

الله وجهه في وصف الدنيا .

دار أولها عناء وآخرها فناء ،

حلالها حساب ، وحرامها عقاب ،

من أستغني فيها فتن ومن افتقر

فيها حزن .

**نظرية التعسف
في
استعمال الحق
في
الفقه الإسلامي**

الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير
المحامى بالنقض

الفقه الإسلامي أظلت رايته بلاد المسلمين في أكبر بقعة عرفها التاريخ على وجه الأرض ، صان فيها حقوق الناس وحفظ مصالحهم فنعصوا بعدالة التشريع وعدالة القضاء ، ذلك العدل الذي من أجله أرسل الله الرسل وأنزل الكتب ﴿ ولقد أرسلنا رسلاً بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ﴾ .

جهد القضاء والمفتون من الفقهاء في استنباط الأحكام من مصادر الشريعة كلما نزلت بهم قضية أو حز بهم أمر ، فكانوا يحدثون للناس أقضية بقدر ما أحدثوا ويصونون فيهم المصلحة التي أرادها الله من هذا الدين كما يقول تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ . فقامت بذلك الحجة البالغة على كمال هذا الدين وعلى أنه شريعة الناس كافة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وقامت بذلك الآية البينة على أن الفقه كائن حي ينمو ويؤتى أكله بإذن الله لتلبية حاجات الحياة ومطالبها على اختلاف ألوان المجتمعات في كل عصر ، ونظرة واحدة إلى تطور الكتب الفقهية من زمن كبار الأئمة المجتهدين ترينا مبلغ الرقي المتزايد والنمو المضطرد الذي وصل إليه طالما كان يجلس مع القضاء على كراسي القضاء ويقعد مع المفتين في المساجد والمساجد .

المنظورية : ونظرية التعسف في استعمال الحق تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين ، ولكن هذه النظرية عرفها الاسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه واعتنقه الناس ديناً وطبقوه في قضايهم وسائر علاقاتهم شريعة محكمة : بين الحق كما بين مصادره وأنواع التعدي عليه مباشرة وتسبباً وعمداً وخفياً وعن طريق التحايل والذريعة ، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم .

معنى التعسف في استعمال الحق :

قسم علماء الشريعة الحقوق إلى ما هو حق للعامة وضابطه ما يتعلق به النفع العام للمجتمع من غير اختصاص بأحد كالانتفاع بالطريق العام والأشهار العامة والمساجد ، وهذا يثبت للناس جميعاً حق الانتفاع به والدفاع عنه . الثاني الحق الخاص وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة للفرد كحقه في ملكه أو في ولايته على ولده ، وميزوا بين الحقين بأن الأول لا يمكن تقليكه ولا إسقاطه والثاني يمكن تقليكه وإسقاطه .

وما دام التعسف في استعمال الحق شاملاً للقسمين يمكن إدماجهما في تعريف واحد نستخلصه من الاستعمالات المختلفة للفقهاء ، وهو ما يثبت للإنسان استيفاءه : سواء أكان عاماً أو خاصاً ، وسواء أكان حقاً متعلقاً بالمال كحق الملك في الأعيان وحق الانتفاع بالعين المستأجرة أو المستأجرة وحق الحبس في المرحون ، أم كان حقاً غير مال كحق الولاية للشخص على أولاده وحق الزوجية وحق الشورى للأفراد الذين يتأهلون لذلك وغيرهما من الحقوق السياسية .

ولا يأبى الفقه الإسلامي تقسيم فقهاء القانون له إلى شخص وعيني ، فالأول دين أو عمل أو امتناع عن عمل لشخص على آخر كالتسليم المؤجل ومنفصه الأجير والامتناع عن الانتفاع بالمرهون أو الوديعة والحق العيني هو علاقة اختصاص لشخص على شيء في مواجهة الناس جميعاً كحق الملك وحق التصرف في المملوك وحق الارتفاق بالشرب والطريق ووضع الجذوع على حائط الجار .

وأسياب اكتساب هذه الحقوق إما اختيارية وإما اجبارية ، فالأولى العقد والعمل النافع كالفضالة ومنها ما إذا أنفق على اللقيط بغير إذن القاضي عند المالكية والعمل الضار كارتكاب الجرائم والامتناع الضار .

والسبب الجبري أمران :

الأول : أوامر الشارع كالانفاق على الأولاد والضرائب من العشر والخراج والزكاة

والثاني : هو الإرث .

معنى التعسف :

التعسف في استعمال الحق تعبير وارد إلينا عن الحقوقيين الغربيين ، فيجعل بنا أن نعرفه ثم نتكلم عما يقابله في الفقه الإسلامي .

فالتعسف في استعمال الحق في القانون المدني هو استعمال الحق على وجه غير مشروع ، فالمرحوض أن الحق أمر مشروع ومباح الاستخدام ولكن الذي استعمله نحا في ذلك تحوياً غير مشروع وقرق بين التعسف وبين الفعل الضار أو الامتناع الضار لأن الأخيرين أمر غير مشروع أي ممنوع ومحرم من أول الأمر .

الإمساك مع المعاشرة الحسنة ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع وهو استعماله على وجه المضارة على النحو الذى فعله ثابت ابن بسار وهذا بعينه هو إساءة استعمال الحق لأنه استعمال حق الإمساك على وجه غير مشروع .

الدليل الثانى : قال الله تعالى بعد بيان نصيب الأخوات لأم من الميراث : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله تعالى » . يعنى لكل من الأخوات لأم نصيب بعد أداء دين المورث وإخراج وصيته : على أن يكون المورث قد أقر بالدين وأوصى من غير ضرار يورثه بأن يكون الدين صحيحاً والوصية لا ضرار فيها .

وجه الدلالة أن الوصية حق للمورث وله استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بر بالورثة ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع بأن يكون إضراراً بالورثة كأن يوصى بأكثر من الثلث أو يوصى لأحد الورثة ، فبالوصية مع الإضرار هى بعينها إساءة استعمال الحق .

الدليل الثالث : ما أخرج أحمد بسنده إلى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ « لعن الله المحلل له » وسأروى عن الأوزاعي عنه ﷺ : « يأتى على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع » .

وما أخرج البخارى عن النعمان بن بشير أنه ﷺ قال : « مثل القائم فى حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها وكان الذين فى أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً » .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أن الزواج والبيع عمل مشروع والزواج لأجل التحليل والبيع لأجل الربا عمل غير مشروع ، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع ، وحكم بفساده لأنه تعاون على الإثم وقد قال تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » .

وجه الدلالة من الحديث الثالث أن الذين فى أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقوقهم ولكن لما أرادوا أن

أما التمسك فسر استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع .

أحوال التمسك فى القوانين الحديثة :

ذكرت القوانين المدنية ثلاثة أحوال للتمسك فى استعمال الحق هى :

الأول : أن يأتى الإنسان بعمل مشروع ويقصد به الإضرار بالغير من غير أن تكون له مصلحة فيه .

الثانى : أن يأتى بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذى لحق الغير من جراء هذا العمل .

الثالث : أن يأتى بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وقد نص على هذا القانون المدنى فى المادة ٥٠٤ .

النظرية فى الفقه الإسلامى :

هذه النظرية مسطورة فى صميم الفقه الإسلامى وبارزة فى آيات الكتاب وأحاديث السنة بأوسع من معناها فى القانون وهى من البادى الكبرى التى حفظت بها الحقوق منذ كان الإسلام .

الأدلة عليها إجمالاً :

الأدلة عليها من القرآن والسنة

١ - قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » .

سبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر ، أن رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن بسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً راجعها ثم طلقها فعمل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يضارها ، فأنزل الله تعالى الآية . يعنى إذا طلقتم النساء مقارفين إنقضاء عدتهن فأمسكوهن بالرجعة : بما هو متعارف فى الشرع من حسن العشرة أو اتركوهن حتى تنقضى عدتهن ، ولا تراجعوهن مضارين لهن بهذه الرجعة فيتحقق بذلك عدوانكم عليهن .

وجه دلالة الآية أن الإمساك حق للزوج ، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو

تفصيل التصنف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي :

تبين من دراستنا لأحكام التصرفات وما يعتبر منها مخالفة وما لا يعتبر أنه يمكن تعريفه بما يأتي هو تصرف الإنسان في حق تصرفاً غير معتاد شرعاً .

ولشرح هذا الأصل الفقهي العام في المسؤولية إذا تصرف الإنسان في حقه .

قرر الفقهاء كما في الفقه الحنفي وغيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد .

ويقصدون بالملك الحق بدليل أنهم ذكروا من فروع هذا الأصل ما لو سقى أرضه من الأنهار العظام التي ليست مملوكة للأفراد كالنيل والفرات أو ساق منها نهراً إلى أرضه ، قالوا يجوز ذلك إلا إذا أضر بالعامه .

وفرعوا على هذا الأصل أموراً منها ما إذا سقى زرعه فنزلت أرض جواره وتلف بذلك زرع أو بناء إن سقاها سقياً معتاداً قدر ما تحتمله عادة لم يضمن وإن سقاها قدراً لا تحتمله ضمن ومنها ما إذا أحرق حصانه في أرض مملوكة أو مستأجرة فأحرق بذلك شيء لجاره لم يضمن لأنه تصرف في حقه تصرفاً معتاداً وإن كانت الرياح مضطربة عند الإحراق فأحرقت شيئاً لغيره ضمن لأنه يعلم أن النار لا تستقر فكان مستعملاً لحقه استعمالاً غير معتاد أي فكان متعدياً .

ومن هذا يتبين حكم الفقه فيما لو حفر بئراً في ملكه فغاص الماء من بئر جاره أو أدار آلة إدارة معتادة فتأذى السكان بضررناها وهو أنه لا يضمن الضرر لأنه تصرف معتاد وحكم هذا الأصل يسرى على من قام بعمل لغيره بناء على عقد أو إذن كالطبيب والقاضي ومنفذ الأحكام إذا سلك الطريق المعتاد في عمله فنتخلف عن ذلك ضرر لا يضمن وإن جاوزه ضمناً ، ولهذا قالوا إن الحثان والفساد إذا هلك الغلال والمريض بجرحهما المعتاد لا يضمنان وإن جاوزاه ضمناً ، وكذلك القاضي إذا ظهر أنه حكم بغير الحق والمنفذ للعقوبة كالسجين والجلاء إذا تخلف عن قيامه بعمله المعتاد ضرر ، ويشير إلى هذا قول النبي ﷺ « إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون

يستعملوه على وجه غير مشروع لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شربهم وترك إيلاء الفريق الأعلى اعتبره الشارع منكراً يجب أن ينموا عنه إلى غير ذلك من أدلة .

اشتراكية الحق في الإسلام :

الحقوق الشخصية والعينية ليست مختصة بأصحابها في الإسلام اختصاصاً مطلقاً وليسوا مستبدن في التمتع بمزاياها استبعاداً عما قد يتبادر من وضعها بالحقوق الخاصة .

بل الواقع أن للجماعة حقاً عاماً مشتركاً بينهم وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن تصرف الشخص فيها مشروع بشرط سلامة الجماعة من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحق كما تشير إلى ذلك حديث الواقع في حدود الله : ولهذا أذن للجماعة في منعه استعماله للحق استعمالاً ضاراً بهم ، فصاحب الحق يجب أن ينظر إلى النتائج الناجمة عن استعماله إن قصد الضرر أو ترك الاحتراس أو أراد تحقيق مصلحة لا تتكافأ مع ضرر الغير أو مصلحة غير مشروعة .

الناحية الثانية : أن الحق كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها ، ولهذا نهى الشخص عن إتلاف ماله ، لأنه إن لم يصبه هو بالخطارة أصاب الجماعة ، ولأن الله جعل فيه نصيباً معلوماً للجماعة ، كما في الزكاة والعشر والحراج ، ويدل على هذا النهي عن الاحتكار والنهي عن رفع الأسعار وحق الجماعة في بيع المال المحتاج إليه على صاحبه عند الغلاء الشديد أو المجاعة .

ويشير إلى هذا الأصل العظيم قول الله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ وبهذا تبين أن الحق الخاص فيه جهة عموم نظراً للوظيفة الاجتماعية التي رتبها الشارع ، ولهذا المبدأ ارتباط وثيق بنظرية التصنف في استعمال الحق من جهة أن صاحبه يجب أن يشعر بأن لغيره فيه نصيب لا يصح الاعتداء عليه .

ومن ذلك إغلاء التجار السعر على الناس بحيث يصل إلى ضعف قيمة السلع فان تقدير البائع للثمن مبيحه حق له ولكن استعماله على هذا النحو وإن حقق مصلحة له فقد نشأت عنه مفسدات عظيمة بالجماعة ولذلك قال الحنفية والمالكية إذا عجز ولي الأمر عن رد التجار إلى الأسعار العادية بكل الوسائل أزال هذا الضرر بالتسعير بمشورة أهل الخبرة وقد ثبت هذا بالمصلحة المرسله لدفع الضرر عن الجماعة ، وقال الشافعية وبعض الحنابلة يمنع التسعير وأستدلوا بما روى أنه قيل للنبي ﷺ : « ألا تسعر لنا فقال إن الله هو السعر القايض الباسط » وأجاب القائلون بالتسعير بأن الحديث كان فتوى في واقعة خاصة بسبب خاص فلا تدل على عموم الحكم ، فإن امتنع التاجر من البيع بالسعر المحدد بيع عليه كما يباع المال على الدين وفاء للدين .

ومنه تلقى التاجر للوافدين إلى السوق من أهل الريف والبادية وشراء ما جلبوه بالثمن الرخيص لبيعه لأهل المدينة غالياً حيث يضر ذلك بأهل المدينة وبالوافدين وقد نهى عنه النبي ﷺ قال « ولا تلقوا الركبان لبيع » .

ومنه بيع السلاح في أيام الفتنة أو لقطاع الطريق وبيع العصير ممن يتخذ خيراً حيث قال الامام أحمد ببطلان هذه العقود لرجحان المفسدة .

والمسائل المنصوص على حكمها مما قدمنا أصل في هذا النوع فيثبت الحكم لنظائرها بالقياس .

الأصل الثالث : أن يستعمل حقه المشروع عقداً أو غيره يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للفرض الذي وضعه له الشارع .

وهذا كالبيع الذي يقصد به الربا ومن هنا نهى النبي ﷺ عن بيع وسلف لأنه يؤدي إلى الربا ، كأن يبيع سواراً يساوي أربعمئة بخمسمئة على أن يقرضه البائع أربعمئة ، فان هذا العقد يؤول إلى ربا النسبة وهو أخذ تسعمائة ليردها ألفاً .

وكبيع العينة لأنه يؤدي إلى الربا أيضاً وهو شراء ما يباع بثمان أقل من الثمن الذي يباع به قبل قبض الثمن حيث تكون زيادة الثمن الموزل ربا .

إلى ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحججه من بعض فأقضى له على نحو مما أسعق فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه » حيث لم يعتبر خطأ القاضي تعدياً بعدما تجرى في عمله وجه الصواب .

وتصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد هو جماع مسائل التمسك في استعمال الحق .

أصول مسائل الإساءة في استعمال الحق :

ويكفي حصر أصول مسائل التمسك في استعمال الحق بالاستقراء في أربعة :

الأصل الأول : ما إذا استعمل حقه لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بغيره وليست له مصلحة فيه ، وذلك كمن يدعى على آخر جريرة أو عملاً غير لائق لا يقصد بذلك إلا الإضرار به . هذه الدعوى لا تسمح ويعزى المدعى إذا ثبت ذلك بالقرائن ، وفي فقه المالكية لو ادعى الصالح على أهل الفضل دعاوى باطلة وليس غرضهم من هذا إلا أن يشهروا بهم ويوقفهم أمام القضاء للإبلام والامتهان ، لا تسمح الدعوى ويؤدب المدعى .

ومن ذلك ما إذا أراد الزوج أن يسافر بزوجة إلى بلد بعيد وهو غير مأمون عليها لا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذاها أو سلب مالها ، فيقضى بمنعه من السفر بها للإضرار وقد قال تعالى « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » بمعنى لا تضاروهن المعتدات في السكنى فالزواج أولى ألا تضاروهن والأصل في مسائل هذا الباب تحريم إمساك المعتدة بقصد الإضرار بها وتحريم وصية الضرار وبطلانها وتحريم طلاق المريض ليضر به من ميراث زوجته فتقاس سائر مسائله عليهما لإتحاد العلة وهي قصد الإضرار .

الأصل الثاني : أن يستعمل الإنسان حقاً يقصد به تحقيق مصلحة له فتتربط عليه مفسدات وأضرار لاحقة بالغير وهي أعظم من هذه المصلحة أو مساوية لها وذلك كاحتكار ما يحتاج إليه الناس في أوقات القلاء أو القحط يقصد به البيع بثمان مرتفع ، فان المحتكر يريد من ذلك مصلحة الربح الكثير لكي يترتب على هذا ضرر عظيم يلحق الجماعة ، ولهذا قال ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ومن هنا يمنع من الاحتكار ويباع عليه ما احتكره بثمان المثل أن امتنع عن البيع .

ومنه زواج التحليل فإن الزواج موضوع للعشرة الدائمة وتكوين الأسرة وقصد به عمل مؤقت معلوم عند الله وقد تقدم تحريره بالحديث الكريم .

ومنه البيع الذي قصد به إسقاط الشفعة ، وهبة المال التي قصد بها الواهب إسقاط فريضة الزكاة أو الحج ، فما ثبت بالنص في هذا الباب يعتبر أصلاً وغيره يقاس عليه .

هذه الأنواع الثلاثة مبنية على قاعدة سد الذرائع : وزيادة على ما تقدم من الأدلة نذكر أن الأنواع السابقة للتحصيف في استعمال الحق مبنية على أصل عظيم من أصول الشريعة وهو سد ذرائع الفساد .

وضابطها أن الشارع إذا حرم شيئاً حرم وسائله المضنية إليه وهذا يتحقق فيما إذا أفضت الوسيلة إلى ضرر مقصود أو إلى مصلحة معها مفسدة تساويها أو ترجع عليها أو إلى غرض حرمه الشارع كالربا والزنا وبالمجمل إذا أفضت إلى إسقاط الواجبات وإحلال المحرمات .

وهذا الأصل تثبته أدلة كثيرة في الشريعة منها قوله تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ فإن مفسدة سبهم لإلالة الحق أعظم من مصلحة سب الاصنام المباح فتمنع السب المباح لذلك ، ومنها قوله تعالى : ﴿ ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ﴾ . حيث حرم الضرب المباح لما فيه من إثارة الميول الحسية ، ومنها تحريم البيع عند نداء الجمعة لأن مفسدة الانشغال عن الصلاة أعظم من مصلحة البيع ، ومنها تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لأن مفسدة قطيعة الرحم أعظم من مصلحة الزواج ، ومنها امتناعه ﷺ من قتل المنافقين حيث علل ذلك بقوله : « لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه » لأن مفسدة تغيير الناس من الإسلام ونهى الإسلام أعظم من مصلحة القتل .

وقد أطلنا بعض الشيء في ذكر الأدلة ليظهر ظهور النهار أن ما يخاله الناس قواعد قانونية مبتكرة لأهل الغرب هو من ضروريات الشريعة المحكمة . وهذه الأنواع كذلك مبنية على أصل آخر وهو أن الحيل التي تؤدي إلى إسقاط واجب أو إحلال محرم تقع باطللة .

وتدل عليه كثير من الأدلة منها قول النبي ﷺ « لعن الله اليهود ، إن الله لما حرم عليهم شحوم الميتة جملوها أي أذابوها فباعوها وأكلوا ثمنها » .

الاصطلاح الرابع : أن يستعمل الإنسان حقه لكن دون احتباس وتثبيت فيما يمكن فيه الاحتباس فيفضي هذا إلى الإضرار بالغير .

وذلك كما إذا أراد أن يصيد طيراً فطاش سهمه وأصاب إنساناً أو حيواناً بضرب ، فإن الصيد حق مباح ولكنه لم يحتسب في استعماله له ولم يثبت فأدى إلى ضرر الغير وهو المعروف بالخطأ في الفعل ، وكما إذا ضرب دابة غيره بظن أنها دابته فاعطبها ، أو قطف ثمر بظن أنها ثمره وهو المعروف بالخطأ في القصد ، وهذا تصحف في استعمال الحق لانطباق تعريفه عليه .

وحكمة ضمان هذا الضرر إنساناً أو حيواناً لأن القرآن يدل على تضمين المخطئ . كما في قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ .

ومن ذلك سائق السيارة إذا صدمت إنساناً فقتلته أو مالا فأتلفته لأنه استعمل حقه في قيادتها لكنه لم يحتسب ، ومن ذلك ما لو استعمل في الدفاع الشرعي سلاحاً لا تدعو إليه ضرورة الدفاع فأدى إلى ضرر فانه يضمنه .

لكن محل ضمان الضرر في هذا الأصل إذا أمكن الاحتباس عنه عادة ، أما إذا لم يمكن فلا ضمان كالطبيب إذا أجرى جراحة على النحو المعتاد بين الأطباء . فتلف بها إنسان وذلك لاختلاف طبائع الناس واحتمالهم للجراحات .

أما إذا أمكن الاحتباس فانه يكون مقصراً كالحمال إذا زلقت رجله فأتلف رجله فأتلف ما يحمله والكواء إذا أحرقت الثوب الذي يكويه .

وقاعدة الحنفية في هذه المسألة أن الإنسان إذا أتى بمباح فترتب عليه ضرر بالغير ضمن لأن استعمال المباح مشروط بالسلامة ، والضرر دليل عدم الاحتباس وذلك كالمرور في الطريق وضرب الزوجة لترك الطاعة وإن فعل واجباً عليه فترتب عليه ضرر لا يضمن كمنفذ الأحكام

إلا إذا تجاوز ما أمر به أو أمكن الاحتراز عن الضرر فحينئذ يضمن ، وقال الشافعي يضمن في تنفيذ الأحكام .

التعسف في استعمال السلطة :

رجال السلطة التنفيذية يتصرفون بالوكالة عن ولي الأمر في حدود الأحكام المشروعة ، لذلك لا يجوز لهم أن يفعلوا ما يخالف الشريعة ، ولا أن يفعلوا ما لم يفوضوا فيه ، فإن فعلوا شيئاً من هذين اعتبر ذلك إساءة في استعمال حقوقهم وترتب عليه إزالة ما لزمه من الضرر فإذا اغتصبوا مال الأفراد وضموه إلى ملك الدولة أو حصلوا ضرائب طائلة لبست المال ردت إلى أصحابها وإذا عاقبوا أحداً بغير جريمة أدبراً ما لم يكن ترتب الضرر عن اجتهد كاجتهاد القاضي ، وفي ذلك يقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « إذا رأيتم في أعوجاجاً فقوموني » وكان رضي الله عنه يرسل المفتشين إلى الولايات لمراقبة عماله ، وصح عنه أنه عزّل سعد بن أبي وقاص لما شكاه أهل الكوفة ، ومن أجل ذلك أنشئت محاكم المظالم في خلافة عبد الملك بن مروان لانصاف أفراد الشعب من ظلم الحاكمين .

ولهذا نرى أن تقنين العقوبات في البلاد الإسلامية هو احتياط لدرء مفسدات التعسف في استعمال الحق الذي يقع من القضاة ، لأن العقوبات على الجرائم فيما عدا الحدود والقصاص كلها راجعة إلى التعزير ، والعقوبات التعزيرية متفاوتة كما أن الجرائم متفاوتة ، فالقاضي مالم يكن خبيراً في أحوال الناس وما يصلحهم متشعباً بالعدالة بعيداً عن الأغراض والغايات كثيراً ما يقع منه الشطط في تقدير الجريمة وتحديد العقوبة ، فكان التقنين هو الضمان الصحيح للعدل بين الناس ، وقد اتخذت الوسائل قديماً لمنع من التعسف كالجبر على الطبيب الجاهل والمفتي الذي يفتي الناس بالهليل الباطلة

التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

عرفنا أن أنواع التعسف أربعة ، وأن الثلاثة الأولى منها مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول أن المشروع إذا أدى إلى محظور كان محظوراً أو المباح إذا أدى إلى حرام كان حراماً والرابع كذلك استعمال محظور لما جاوزه من عدم الاحتراز .

وبناء على ذلك يكون التعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور ، فيعتبر متعدياً بطريق التسبب لتقصيره عند استعمال حقه بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفساد غالباً أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراز فيكون مسئولاً عن هذا التقصير ، وترتب عليه حكم مرتكب المحظور وهو في كل شيء بحسبة كما يأتي : فلا فرق في حكم الشريعة بين من يأتي بما هو محظور من أول الأمر كالضرب والغصب ، ومن يأتي بمشروع أدى إلى محظور نتيجة التقصير كل ما يتعلق به مسئولية المخالفة .

وهذا يبين أن التعسف في استعمال الحق في حكم الفقه هو من الفعل الضار أو الامتناع الضار أو العقد المحرم .

ومثال الامتناع الضار هو امتناع المحتكر عن بيع ما احتكره والناس بحاجة إليه حيث يجبر على البيع ويعزر وامتناع التاجر عن البيع بالثمن المسعر حيث يجبر عليه ويعزر ، وامتناع العمال الذين تتوقف عليهم إدارة المصانع الضرورية للدولة كمصانع الأسلحة ومواد البناء والأطعمة حيث يجبرون على العمل بأجر المثل ، وامتناع الطبيب الذي تعين لعلاج مرض معين .

الأحكام المترتبة على التعسف :

وحكم التعسف إما التعريض إذا أدى إلى إتلاف مال أو نفس كمن حفر في ملكه بجوار حائط جاره فانهدمت ، وأما الإبطال إذا كان في العقد كوصية الضار وبيع العينة ، وإما رفع الضرر كبناء المالك ملاصقاً لجاره فسد عليه نوافذ الضوء والهواء ، وكجباية الضرائب الطائلة ومنع المحتكر وإما التعزير كما في دعاوى التشهير وإما المنع عن ممارسة الحق المتعسف في استعماله ، كما في منع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد به إيذاها وفاء النظرية في الفقه الإسلامي ووضوحها .

إن هذه النظرية غدت مستوعبة لجميع حالات التعسف ، واضحة المعالم لبنائها على أصول مضبوطة لا اضطراب فيها ، فإن مبنى الأصل الأول وهو قصد الضرر وإن كان أمراً شخصياً لكن يمكن كشفه بالقرائن الظاهرة ، والأصل الثاني مبنى على مقياس مادي وهو الموازنة بين المصلحة والمفسدة ، والأصل الثالث معياره

معرفة النظم الإسلامية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية فكل عمل مأذون فيه يراد به تحقيق غرض يخالف هذه الأنظمة يعتبر من التعسف كمن أهدي ويريد الرشوة أو اشترى ويريد الربا أو تطوع للجنسية ويريد التجسس على أنظمة الجيش والأصل الرابع مبنى على عدم الاحتراس من الضرر وهو واضح يكاد يذل على نفسه .

أما القوانين الأجنبية التي يقال عنها أنها تقدمية وافية ، فانها لم تعرف هذه النظرية إلا في هذا العصر ، ومع فهي فيها ناقصة وغامضة ، فالقانون السويسري يبينها على سوء النية وكفى ، والقانون الروسى يبينها على مخالفة الأغراض الاجتماعية والاقتصادية فقط .

ولهذا أحسن واضعوا القانون المصرى في استمدادها من الفقه الإسلامى لأنهم وجدوها فيه تجمع بين الوضع والوفاء مع ملاحظة أن القانون المصرى قصر أحوال التعسف على الثلاثة الأولى وترك حالة التعسف بسبب عدم الاحتراس مع أن معنى التعسف فيها أوضح .

إثبات التعسف في استعمال الحق أمام القضاء :

يثبت التعسف أمام القضاء بجميع الطرق المثبتة للحق غير أن تكليفه يتوقف إلى حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية وعلى عرف الجماعات ، فقد يكون استعمال الحق تعسفاً في هيئة دون أخرى وضراً في حالة دون حال وذلك كرفع صوت المذبذب إذا كان في السوق العامة أو في الأحياء الأهلة بالسكان وبين سكان البادية أو الحاضرة .

ولما كان سوء النية والتحايل لتحصيل المفساد والأضرار هما أكثر الأسباب التعسفية وجب على القاضي أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية ليجمع منها أدلة قصد الإضرار ويكتشف التحايل باستعمال المباحات على الوصول إلى المعمرات والأغراض غير المشروعة ، نعم هناك حالات نصب الشوارع عليها علامات ظاهرة كالطلاق في مرض الموت لأجل الفرار من ميراث الزوجة ووصية الضرار .

بعض تطبيقات مبدأ الإساءة في استعمال الحق :

١ - حق الوكيل في عزل نفسه : الوكالة من العقود غير

اللازمة ، فلكل من الوكيل والموكل حق العزل ، وبناء على هذا قد يستعمل الوكيل حقه فيفاجئ الموكل بعزل نفسه في وقت يعجز عن القيام بما وكل فيه أو عن التوكيل به كالمرافعة في قضية قرب موعد نظرها وهي محتاجة إلى دراسة واسعة وكالقيام بعمل ضرورى عاجل والموكل غائب وهذا في نظر الفقه تعسف في استعمال الحق لأنه إضرار عظيم بالموكل بقصد أو بغير قصد ، وقد رأينا أبا حنيفة يشترط في عزل أحد الطرفين علم الطرف الآخر منعاً من الأضرار لجواز أن يكون الوكيل تصرف لصالح الموكل تصرفات فيها تبعات مالية ولجواز أن يكون هناك أعمال في تركها تقرير بالموكل وإضرار به .

وبناء على هذا فقواعد مذهبه تقضى ببقاء الوكالة والزام الوكيل بالمجاز ما وكل فيه دفعا للضرر وتأديبه إن فرط ، على أن الوكيل بالأجر ليس له أن يعزل نفسه قبل انهاء ما وكل به .

٢ - حق الخطيب في فسخ الخطبة : الخطبة وعد بالزواج

وأخلاف الوعد بهذر مشروع وعلى هذا ففسخ الخطبة بسبب جائز كالمرض المحدث أو المانع له من المعاشرة الزوجية ، وعجز الزوج عن دفع المهر ، والخلاف المستحكم بين الخطيبين أو أسرتهما وإن الفسخ من غير سبب كان إخلالاً للوعد من غير عذر بل كان إخلالاً ضاراً لأن الناس عادة يعلمون بالخطبة ويكتنون إليها فينصرف عن الخطبة من يفكر في الزواج منها ، فإذا فسخ الخطيب من غير سبب فقد فوت عليها فرص الزواج التي كانت سائعة ونشر حولها الشائعات في أسباب الرفض ، الأمر الذي تقور له النفوس وترتكب بسبب الجرائم ولا سيما في هذا الزمن الذي فسدت فيه الاخلاق وكثرت الظنون السيئة فتتغطل بذلك مصلحتها الأساسية التي أعدها الله لها .

وأخلاف الوعد إذا ترتب عليه أمثال هذه المفساد كان منكراً يجب تغييره ومعصية يستحق فاعلها التعزير عليها .

تكليف الفسخ بلا سبب : وعليه فللقاضى أن يعاقب الفاسخ لا على مبدأ تعريض الضرر بل على مبدأ

الزوجة إعلاتها ، بل قد يضطر الزوج الذي لا أخلاق له إلى انتحال أسباب كاذبة ضارة بالمرأة ولا يستطيع القضاء الوقوف عليها .

الحق أن عقدة الزواج عاطفية بناها الله على المودة والألفة ، فمن الطبيعي في الغالب ألا يترك الزوج زوجته إلى أحمها وسكن إليها وأنفق في سبيلها إلا لدواع قد يستتبع المقام معه من المضار مالا يعلمه إلا الله ، ويشعر الزوج عندئذ أن بيتها جحيم لا يطاق ، والمعروف في الشريعة أن المرأة إذا كرهت زوجها كان لها أن تفتدي منه بمالها ليفرقها ، كما قالت جميلة امرأة ثابت ابن يسار لرسول الله ﷺ : « اني أخاف الكفر في الإسلام لشدة بغضى إياه » فصادا يكون الحال إذا اشتد بغضه لها ومنه القاضى من تطليقها لأنه لم تقم لديه مبررات للطلاق ، ولئن كان البغض من المبررات عند القاضى فلكل واحد من الأزواج أن يدعيه . والذي ينبغي لتلافي الطلاق هو اصلاح المجتمع وأشاعة مبادئ الإسلام الصحيحة بين أهله بجميع الطرق الممكنة .

٤- **حق تعدد الزوجات :** تعدد الزوجات مشروع قطعاً إلا عند خوف الزوج أن يظلم من في عصمته فعندئذ لا يكون حقاً له ، والظلم المانع هو الظلم في الاتفاق أو في الإقاسمة عند الزوجة ، أما المحبة وسبيل القلوب فأمره إلى الله ، وقد بين سبحانه وتعالى أنه خارج عن استطاعة البشر ، قال تعالى : « ولئن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » والدليل على أن العدل المشروط في الآية ليس هو المحبة التي أخبر الله عنها أنها غير مستطاعة قول النبي ﷺ : « اللهم إن هذا قسى فيما أملك فلا تزاخذنى فيما تملك ولا أملك » يعنى ميل القلب والتعدد مشروع لحاجات اجتماعية وعاطفية لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنه ، والذين منصوا التعدد بالقانون والقضاء وقعوا فيه من طريق السر والجريئة ، وليس هنا بسط أسباب التعدد وإنما أجمال ما نريد أن نقوله هنا أن الله العلم بأحوال عباده وما يصلحهم شرعه لمصالح اجتماعية سامية وأقلها عند المحافظة على العدل الواجب أنه ارتكاب لأخف الضررين وهو المتعة من طريق حلال .

لهذا لا يمكن أن يشبث عن طريق القضاء في حق التعدد تصفى في استعماله متى تحقق العدل الواجب .

التعزير على الايمان بهذا المتكر وهو إخلال الوعد المستتبع للمفاسد ، والتلاعب بمصالح الناس وأعراضهم لأن التعزير ثابت على كل فعل أو قول فيه إيذاء للمسلم بغير حق جزراً للناس عن ارتكاب المفاسد والمضار واستصلاحاً لهم لقوله ﷺ : « من رأى منك منكم منكراً فليغيره بيده » وهو خطاب لأولياء الأمر ، وهذا المبدأ إذا عمل به حمل الذين يريدون الخطبة على الامعان في التروى قبل الاقدام عليها وعلى أن يفرقوا بين العنود عن شراء سلعة ثم الوعد بشرائها ، وفسخ خطبة فتاة كريمة على نفسها وعلى قومها .

٣- **حق الطلاق :** الطلاق أبغض الحلال إلى الله كما قال النبي ﷺ لكنه مشروع عند الحاجة كعدم عفة الزوجة ، بل قال بعض الفقهاء بوجوبه حينئذ - خشية أن تفسد فراشه وتدخل عليه من ليس من أولاده ، ولشلا يقع تحت طائلة اللعنة الواردة في الديوث الذي لا يغار على حريمه ، وسوء خلقها في معاملة الزوج أو معاملة الناس ، وتضرر الزوج بها في الحياة الزوجية العاطفية لمرض بها أو لعدم انسجام في الطباع ، وتفریطها في حقوق الله وهي لا تطيعه في أذاتها حتى لا يعاشر امرأة عاصية ، ومن الأسباب عقمها إذا لم يستطع أن يتزوج بأكثر من واحدة .

فيإذا وقع الطلاق لغير حاجة كان مبغضاً إلى الله ولا سيما إذا كانت الزوجة ذات أولاد منه أو كانت فقيرة وقد رتبت حياتها على العيش معه .

وعند هذا لا ننكر أن الزوج قد يسعى استعمال حقه فيه لما يترتب عليه الأضرار بالزوجة هل يجوز المنع من إيقاعه إلا باذن القاضى .

بعض الناس يريد أن يتخذ من مبدأ التعسف في استعمال الحق سبيلاً إلى المنع من إيقاعه إلا باذن القاضى ، وهذا خطأ لأن ربات التعسف في الطلاق هو إثبات أن الزوج أوقعه من غير حاجة مشروعة تدعو إلى إيقاعه ، والقضاء لا يستطيع إثباته بطرقه المعروفة ومعايير الصحة لأن الكثير من أسباب الرخصة في الطلاق خفى لا يستطيع المسلم ذكره لأن الله تعالى يحب السر على عباده ، وفتح هذا الباب قد يؤدي إلى المضارحة بأشياء هي من السرية والخطورة بحيث يضرب

بحث في

الاتحوال الشخصية

حول مجال تطبيق المادة ١١

مكرر ثانياً من القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وحكم

لمحكمة النقض محل نظر

الأستاذ / وليم اسكاروس

المحاضر بالنقض

المقدمة : وافق مجلس الشعب بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٧٩/٧/٣ والذي تقدمت به الحكومة على القرار بقانون رقم ١٩٧٩/٤٤ ، مستضماً بعض التعديلات بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية ، والمجدير بالملاحظة ، أن ديباجة القرار بقانون قد خلت من أى إشارة إلى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ وللخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية وإحالة القضايا المنظورة أمامها إلى محاكم الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين .

وبالرجوع إلى الديباجة ، نجد أنها أشارت إلى المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ ، والمرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨ ، والقانون رقم ١٩٤٨/١٣١ بإصدار القانون المدني ، والقانون رقم ١٩٦٨/١٣ بقانون المرافعات ، وعلى القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ فى شأن قانون المساكم ، دون أن يشير إلى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ، ومعنى هذا بوضوح أن المشرع قد أبقى على لائحة الإقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ والتي لازالت تطبق فى شأن أحوالهم الشخصية ، استرشاداً بنص المادة السادسة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ والتي سنتناولها بالبحث فيما بعد .

ثم صدر بعد ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون ١٩٧٩/٤٤ وعلى أثر ذلك صدر القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، موضوع هذا البحث ، بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، بإضافة مواد جديدة بأرقام (٥ مكر ١) و (١١ مكر ١) و (١١ مكر ٢) و (١٨ مكر ١) و (١٨ مكر ٢) و (١٨ مكر ٣) و (٢٣ مكر ١) - وأياً كانت أوجه الاختلاف بين القرار بقانون والقانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ ، فالذى يهمنا فى هذا المقام هو مجال تطبيق المادة (١١ مكر ثانياً) من القانون الأخير ، والتي تنص على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق ، توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، وتعتبر متمنعة دون حق ، إذا لم تعد لمزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين فى هذا

والمسائل التي يطرح نفسه في مجال هذا البحث هو :

هل نص المادة (١١ مكر ثانياً) من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ تسرى فى حق غير المسلمين من المصريين ويعنى آخر ، هل تطبق على المصريين كافة ، مسلمين وغير مسلمين ؟ .

ذكرنا فيما سبق أن الديباجة التي تصدرت القانون ، قد خلت من ذكر القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ وقلنا أن المشرع قصد الإبقاء عليها والأخذ بها ، خصوصاً وقد نصت المادة (٦) منه على أنه « تصدر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التي كانت أصلاً

تضمنتها مجموعة ١٩٣٨ للاقياط الارثوذكس ، فقد نصت المادة ٤٦ منها على أنه « يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى ، ويجب على المرأة طاعة زوجها فيما يأمرها به من حقوق زوجية » .

كما نصت المادة ٤٧ من ذات المجموعة على أنه « يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه في أى محل لائق يختاره لاقامته وعليها أن تحافظ على ماله وتقوم بخدمته والعناية بأولاده وملاحظة شئون بيته . ويجب على الزوج أن يسكن زوجته في منزله وأن يقوم بما تحتاجه من طعام وكسوة على قدر طاقته » (يراجع فى هذا الشأن بحثنا المنشور بمجلة المحاماة السنة ٤٦ العدد العاشر ، يونيه ١٩٦٦ صحيفة ١٠٧٠ ومابعدها ، عن دعوى الطاعة عند غير المسلمين) .

والآن ، ما معنى الخضوع الذى ورد بالآيات المقدسات السابقة ، وما ورد أيضا بلاتمة ١٩٣٨ ؟

ذهبت بعض محاكم الاحوال الشخصية لغير المسلمين بظاهر هذه النصوص وقضت بالطاعة عملاً بما جاء بالآية « أيتها النساء اخضعن لرجالكن » وفسرت لفظ الخضوع على أنه خضوع مادى بالقوة الجبرية ، وليس خضوعاً روحياً ، وهذه الأحكام صدرت بعد العمل بالقانون ٤٦٢/١٩٥٥ ، ولكن سرعان ما أُلغيت في الاستئناف على أساس ان الشريعة المسيحية لا تعرف الطاعة الإجبارية ، لأنها تنادى بواجبات روحية بمعنى أنه ليس للسلطة المدنية التدخل فيها لتكره الانسان على أداها .

ثم ظهر بعد ذلك قضاء وسط بين الحكم بالطاعة ورفضها بالنسبة لغير المسلمين ، ألا وهو الحكم بدعوة الزوجة إلى منزل الزوجية اختياراً ، بحيث إذا لم تعد بعد إعلاتها بالحكم ، أصبحت ناشراً وتسقط عنها نفقتها وهو يشبه إلى حد كبير ما وصل اليه المشرع فى القانون رقم ١٩٨٥/١٠ إذا ما استبدلنا « حكم الدعوة إلى منزل الزوجية » بإنذار الطاعة .

من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة ، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ، فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم .

وواضح من هذا النص أن المشرع قد أبهى على قواعد الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون ما دامت فى نطاق النظام الصام طبقاً لشرائعهم وبشرط اتحادهم طائفة وملة ، وأصل أن الشريعة المسيحية لا تعرف الطاعة الاجبارية ، والهدأ المعروف عندهم أنه « لا طاعة فى المسيحية » لا شريعتهم تنادى بواجبات روحية ، ليس للسلطة المدنية أن تتدخل فيها لتكره الانسان على أداها ولا يوجد فى الكتاب المقدس - شريعة المسيحيين - نصوص تأمر الزوجة بالطاعة الجبرية لزوجها ، إنما تحضها على طاعة زوجها بالحبة والتعاون ، ومن هذه النصوص التى تستشهد بها محاكم الاحوال الشخصية لغير المسلمين ومن قبلها المجالس المليية ، ما قاله الرسول بولس فى رسالته الأولى إلى أهل مدينة كورنثوس الإصحاح السابع العددين ١٠ ، ١١ « وأما المتزوجون ، فأوصيهم - لا أنا بل الرب - ألا تفارق المرأة رجلها ، وإن فارقتها فلتلبث غير متزوجة أو لتتصالح زوجها ، ولا يترك الرجل امرأته » .

وفى رسالته إلى أهل مدينة أفسس الإصحاح الخامس العدد ٢٢ و٢٣ ما نصه « أيتها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لأن الرجل رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضاً رأس الكنيسة ، وهو مخلص الجسد » .

وفى رسالة الرسول بطرس الأولى الإصحاح الثالث العدد ١ و٥ و٦ ما نصه « كذلك أيتها النساء كن خاضعات لرجالكن ، كما كانت سارة تطيع ابراهيم ، داعية إياه سيدها » .

والباحث فى الكتاب المقدس يجد أمثلة كثيرة على حب المرأة المتزوجة على الخضوع روحياً لزوجها ،

ثبت العكس بأن الزوج هو الذى طردها من منزل الزوجية وامتنع دون حق عن الانفاق عليها ، قضت لها بالنفقة . وذلك دون اللجوء إلى ائذار الطاعة .

ولما صدر القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ موضوع هذا البحث ، حدث خلط كبير فى « ماهية » المادة ١١ مكرر ثانياً منه ، هل هلى إجرائية أو موضوعية ؟؟ .

إذا اعتبرناها مسألة إجرائية لاثبات نشوز أو عدم نشوز الزوجة ، فانها تطبق على الكافة مسلمين وغير مسلمين أما إذا كان يتضمن قواعد موضوعية ، فلا يطبق إلا على المسلمين وحدهم دون غيرهم .

وأزاء هذا الخلط الذى وقع فيه بعض المشتغلين بمسائل الأحوال الشخصية ، صدر حكمان من محكمة استئناف اسكندرية دائرة الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، بالفاء حكم محكمة أول درجة ، وبعدم الاعتداد بانذار الطاعة واعتباره كأن لم يكن والزمى المستأنف ضده المصروفات ومقابل اتعاب المعاماة (محكمة استئناف اسكندرية الدائرة ٢٤ أحوال نفس القضية رقم ١٩٨٤/٦ ملى عالى) جلسة ١٩٨٦/٤/٨ .

وذهبت محكمة الاستئناف فى أسباب حكمها إلى القول أن الشريعة المسيحية لا تعرف أحكام الطاعة المقررة فى الشريعة الإسلامية بأجراماتها التى نص عليها القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ وتعديلاته ومنها المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ . واستطردت المحكمة قائلة أن الالتزام على الزوجة هنا بالطاعة هو التزام أخلاقى يرتب جزءاً موضوعياً هو سقوط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل الزوجية دون مسرع شرعى عملاً بالمادة ٤٧ من لائحة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ ، وهو يقاير ما لحأ اليه المستأنف عليه الزوج من إجراءات توجيه انذاراً إلى زوجته المستأنفة للدخول فى طاعته على غير ما هو معروف فى الشريعة المسيحية (محكمة استئناف أسكندرية الدائرة ٢٢ أحوال نفس القضية رقم ١٩٨٦/١ ملى عالى جلسة ١٩٨٦/١١/١٨) وفى رأينا أن محكمة الاستئناف اسكندرية قد طبقت صحيح القانون آخذة مبدأ الالتزام الاخلاقى للطاعة .

وكانت أقلام الكتاب تسلم الزوج صورة تنفيذية من « حكم الدعوة » للتنفيذ بها بالنسبة للمصروفات ومقابل اتعاب المعاماة فقط دون التنفيذ به ضد الزوجة ، ويبقى الحكم المذكور شاهد على نشوزها فقط ، بمعنى أنها إذا رفعت دعواها بالنفقة ضد زوجها ، حكم برفضها ، أما إذا كانت قد حصلت على حكم بالنفقة وقدم الزوج حكم الدعوة إلى منزل الزوجية فى دعواه باسقاط النفقة المقررة لها ، سقطت عنها نفقتها .

وما لبثت المحاكم أن عادت إلى اعتناق المذهب الروحى فى الطاعة ، وفى حكم لها قالت المحكمة « وحيث أنه باستقراء جميع النصوص التى وردت فى الانجيل والثى تناولت حقوق الزوجين وواجباتهما ، بين أنها تنادى بواجبات روحية ، بمعنى أنه ليس للسلطة المدنية أن تتدخل فيها لتكره الانسان على أدائها ، بل كل ما فى الامر ، أن من يخالفها يكون قد ارتكب خطيئة دينية بحاسبه عليها الله جل جلاله يوم الدين ، اذ لا توجد قوة مهما بلغت على ظهر البسيطة تجبر المرء أن يوجب عدوه ويبارك لاغيه ويحسن إلى مبغضيه (الانجيل متى الاصحاح الخامس الآية ٤٤) وأن تترك الرجل بأن يحب زوجته والمرأة أن تحب بعلها ، وكلها تعاليم تنادى بها المسيحية ، وفضلاً عن ذلك ، فان فى القضاء بالطاعة الجبرية ، تنفيذ عيني على جسم المرأة ، وفى هذا اذلال لها واهدار لأدميتها ، ذلك أن علاقتها بزوجها لا تقوم على أساس رابطة جسدية فحسب بل تقوم على أسس أعق وأسمى من ذلك وهى أسس المحبة والتعاون والتعاطف ، وجميعها مشاعر معنوية تنبع من القلب ولا يمكن انتزاعها من المرأة كرها أو اجبارها على منحها عنوة ، فهى لا تكون إلا عن رغبة دون رهبة . وعن طوع دون اكراه » (القضية رقم ١٩٥٩/٦٢ ملى جزئى اسكندرية) .

وخلاصة القول أن الزوجة المسيحية الناشز عن طاعة زوجها ، لا تكره على طاعته بالقوة الجبرية ، إنما الجزاء على هذا النشوز ، هو سقوط حقها فى النفقة ، وذلك كما سبق أن ذكرنا ، والنشوز هنا يحقق مع دعوى النفقة ، التى ترفعها الزوجة ، فإذا ثبت للمحكمة بعد احالة الدعوى للتحقيق وسماع شهود الطرفين أن الزوجة ناشز عن طاعة زوجها قضت برفض دعواها ، أما إذا

حكم بحكمة النقض محل نظر

إلا أننا فوجئنا بحكم صادر من محكمة العليا يلغي حكم محكمة الاستئناف السابق بالإشارة إليه ،
خذاً مبدأ « إجرائية » المادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون
١٩٨٥/١٠٠ (طعن رقم ٤٤/٧٦ ق ٤ جلسة
١٩٨٥/٥/٢٧) تقول المحكمة « إن نص المادة ٦ من
القانون رقم ١٩٥٥/٤٢٢ مفاده أن الأحكام التي يتعين
على المحاكم تطبيقها هي الأحكام الموضوعية في
الشيعة الخاصة الواجبة التطبيق ، وكان ما ورد في
المادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون ١٩٨٥/١٠٠ المشار
إليه في خصوص ما يتبع من دعوة الزوج زوجته
للدخول في طاعة واعتراضها على ذلك أمام المحكمة
الابتدائية ، أفا هي من قواعد الاختصاص ومسائل
الإجراءات ، فإنها تسرى على جميع منازعات الطاعة
أيا كانت ديانة أطرافها الخ .

ونعود فنقول أن محكمة النقض قد أخطأت في تطبيق القانون بقضائها هذا وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن ديباجة القرار بقانون رقم ١٩٧٩/٤٤ ومن بعده القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ قد جاءت خلواً من أي إشارة إلى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ وبالتالي لم تتعرض للاتاحة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنة ١٩٣٨ ، وبالتالي لم تتعرض للمادة (٦) من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ والتي توجب على القاضى تطبيق شرعيتهم على أساس « تركهم وما يدينون » ومبدأ « لا اكراه فى الدين » وشرعيتهم لا تأخذ بنظام الطاعة لتعارضها مع عقيدتهم ، وهذه مسألة موضوعية ، وليست اجرائية .

٢ - يستطيع الزوج غير المسلم اثبات نشوز زوجته بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود ، اذا رفعت زوجته دعاوها ضده بالنفقة ، وبغير حاجة إلى اذار الطاعة ، وتحيل في هذا الصدد إلى ما سبق أن ذكرناه ، كما نرجو مراجعة حكمي محكمة استئناف الاسكندرية سالفى الذكر منعاً للتكرار .

٣ - أن القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ يأخذ ضمن نصوصه بمبدأ التحكيم بين الزوجين المتنازعين ، وهذا النظام غير معروف في الشريعة المسححة ، وتطبيقه

عليهم يس عقيدتهم في الصميم ، لأن التحكيم مسألة موضوعية وليست إجرائية ، نص عليها المواد من ٧ إلى ١١ ، وأهم فقرة من فقرات المادة ١١ مكرر ثانياً الخامسة والتي تنص على أنه « وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم ، وطلبت الزوجة التطبيق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

وقد تحدثت المادة ١١ عن حالة ما إذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين ، وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق ، قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة ، مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان ذلك مقتض .

٤ - أن أسباب الطلاق عند غير المسلمين وإرادة في لاحتهم الصادرة سنة ١٩٣٨ على سبيل المحصر في المواد من ٥٠ إلى ٥٨ ، ولا يجوز تعديل أو إضافة أو إلغاء أى مادة من هذه المواد الا بقانون ، ومن شأن تطبيق المادة ١١ والمادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون رقم ١٩٨٥/١٠٠ على غير المسلمين ، إضافة سبب جديد من أسباب الطلاق عندهم ، وذلك في حالة عجز المحكمة عن التوفيق بينهما ، وطلبت الزوجة غير المسلمة ذلك ولاشك أن هذا مخالف لصريح نص المادة ٦ من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ، والتي توجب إصدار الأحكام في مسائل أحوالهم الشخصية طبقاً لشريعتهم طالما أنها متفقة مع النظام العام ، ويعني آخر ، أن قانونهم الديني هو الواجب التطبيق .

والخلاصة أن حكم النقض سالف الذكر مخالف
للقانون للأسباب السابق ذكرها ، ونحن نهيب بالمحكمة
أن تعدل عن حكمها هذا ، تحقيقاً للعدالة ، وكثيراً ما
عدلت المحكمة عن أحكام تتضمن مبادئ ، كانت قد
أصدرتها ، حسبما تقيه ظروف المجتمع ومتطلبات
العدالة .

الاستجاب

الاستاذ / تاج الدين محمد تاج الدين
المحامى

تعريف الاستجواب :

تثريب على المحكمة إن هي عرلت على تلك الاعترافات
فى حكمها ما دامت قد اطأنت إليها ^(٤) .

فلاستجواب بهذا يحقق وتثيبتين :

الأولى هي : اثبات شخصية المتهم ومناقشته
تفصيلاً فى الاتهام الموجه اليه .

والثانية هي : تحقيق دفاع المتهم ، وهو من أجل ذلك
لا يعتبر من إجراءات جمع الأدلة بالمعنى الدقيق ذلك أن
الغاية منه ليست هي تجميع أدلة الشبوت أو النفى وإنما
يهدف أولاً وقبل كل شىء إلى التثبت من شخصية
المتهم وضمان تحقيق دفاعه بالنسبة للاتهام الموجه إليه ،
ومع ذلك فهو يمكن أن يكون مصدراً من مصادر الأدلة
فى التحقيق باعتبار أن لسلطة التحقيق أن تستقى منه
العناصر الكافية لاثبات أو نفي التهمة قبل المتهم ^(٥) .

ومن أجل ذلك يختلف الاستجواب عن سؤال المتهم
فى محضر جمع الاستدلالات بمعرفة مأمور الضبط ،
فالإجراء الذى يقوم به مأمور الضبط هو مجرد سماع
أقوال المتهم بالنسبة للتهمة المنسوبة اليه دون تفصيل
ودون تحقيق لدفاعه . ولذلك فإن المشرع لم يعط سماع
الأقوال بمحضر جمع الاستدلالات بذات الضمانات التى
أحاط بها الاستجواب كإجراء تحقيق تقوم به سلطة
التحقيق . كما أنه لم يربط عليه الآثار القانونية التى
رتبها بالنسبة للاستجواب ، فالحبس الاحتياطى مثلاً لا
يجوز الأمر به الا بعد استجواب المتهم بمعرفة سلطة
التحقيق ولا يجوز الأمر به بناء على سماع الأقوال
بمحضر الاستدلالات . كما أن وصف التهمة وتحديد
عناصرها يتوقف على ما توجهه سلطة التحقيق للمتهم
وتحقيق دفاعه بالنسبة لها على عكس الحال بالنسبة
لمحضر الاستدلالات الذى يسمح فيه مأمور الضبط
أقوال المتهم . فوصف التهمة إنما تتولاها النيابة العامة
بناء على تكييفها للوقائع الواردة بالمحضر وليس بناء
على ما وجه به التهم من قبل مأمور الضبط ^(٦) .

ومن أجل ذلك نجد أن المشرع سمح فقط بالاستجواب
فى مرحلة التحقيق الابتدائى ولم يسمح به فى مرحلة
المحاكمة . فالمادة ٢٤٧ إجراءات تنص على أنه لا يجوز

الاستجواب هو إجراء هام من إجراءات التحقيق
يهدف إلى الوقوف على حقيقة التهمة من نفس المتهم ،
والوصول إما إلى اعتراف منه بوقوعها أو دفاع
بنفيها ^(١) . كما قد تصدى القضاء لتعريف الاستجواب
فى حكم حديث بما معناه « مناقشة المتهم تفصيلاً فى
أدلة الدعوى اثباتاً أو نفياً » ^(٢) . وعلى هذا يختلف
الاستجواب عن سؤال المتهم عن التهمة المسندة اليه
طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٢٣ إجراءات جنائية ،
فالاستجواب بهذا المعنى يتميز عن سؤال المتهم الذى
يقوم به مأمور الضبط القضائى ويعتبر إجراء من
إجراءات الاستدلال إذ يقتصر على مجرد سؤال المتهم
عن التهمة المسندة اليه ومطالبتة بالرد على ذلك وإبداء
ما يشاء من أقوال فى شأنها دون مناقشة تفصيلية أو
مواجهة بالأدلة القائمة ، ويتبين بهذا أن الاستجواب هو
إجراء يحظره القانون على غير سلطة التحقيق ^(٣) .

ولما كان لمأمور الضبط القضائى عملاً بالمادة ٢٩
من قانون الإجراءات الجنائية أن يسأل المتهم المسندة اليه
دون أن يستجوبه تفصيلاً ، وكان الاستجواب المحظور
هو الذى يوجه فيه المتهم بأدلة الاتهام التى تساق عليه
دليلاً ليقول كلمته فيها تسليماً بها أو دحضاً لها ، وإذا
كان الحكم المطعون فيه قد طرح الدفع بطلان
الاستجواب فى قوله « فإنه لما كان الثابت أن الرائد
المأذون له بالضبط والتفتيش بعد أن أجرى ضبط
المتهمات على النحو الثابت بمحضره سألهم عن التهمة
الموجهة اليهم والتى أسفر عنها الضبط ، وكان لمأمور
الضبط القضائى عملاً بالمادة ٢٩ من قانون الإجراءات
الجنائية أن يسأل المتهم عن التهمة المسندة اليه وكان
الثابت فى محضر ضبط الواقعة أنه إثر الضبط سأل
المتهمات عما هو منسوب اليهم فاعترفن بممارسة
الدعارة عدا المتهمة الأولى التى أنكرت ما نسب
إليها ، فأثبت ذلك الاعتراف فى محضره فلا تثريب
عليه ولا بطلان فى سؤاله للمتهمات عن التهمة
المسندة اليهن ، أو فى اثبات ذلك الاعتراف الذى أدلين
به أمامه » فإن ما أورده الحكم صحيح فى القانون ولا

بريثاً فيكون من العبث الزعم بأن استجوابه يهدف إلى اكتشاف دليل على ادانته . وذهب البعض الآخر إلى القول بأن الاستجواب يعتبر وسيلة دفاع لأنه يهيئ للمتهم المستجوب فرصة درء الأدلة والشواهد القائمة ضده ودحض ما يدل عليه ظاهرها من إدانة له .

والواقع أن الاستجواب ليس وسيلة حصول على دليل ولا وسيلة دفاع عن المتهم ، وإنما هو وسيلة سعى إلى الحقيقة ، فهو إجراء استقصائي شأنه في ذلك شأن كافة الإجراءات الاستقصائية الهادفة إلى استكشاف الحقيقة في شأن قضية ما ، وكثيراً ما يكون الجاني في جريمة ما المستودع الوحيد لحقيقتها ، فيكون من الصعب أن لم يكن من العبث البحث عن هذه الحقيقة في مصادر أخرى عن شخصه ، فإن لم يكن المتهم هو الجاني الحقيقي ، كان لاستجوابه - حتى في هذا الغرض - فضل المعاونة على استكشاف الحقيقة ، إذ ينتج منه على الأقل انصراف ذهن المحقق إلى شخص آخر غير المتهم يمكن أن تنسب الجريمة إليه ^(٩) .

فهو على هذا الأساس إجراء من إجراءات الإثبات له طبيعة مزدوجة :

الأول : هي كونه من إجراءات التحقيق .

والثانية : هي اعتباره من إجراءات الدفاع ، والاستجواب إما أن يكون حقيقاً أو حكماً .

(١) الاستجواب الحقيقي :

ويتحقق الاستجواب بتوجيه التهمة ، ومناقشة المتهم تفصيلاً عنها ، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده ، فلا يتحقق الاستجواب بمجرد سؤال المتهم عما هو منسوب إليه أو اعاطته علماً بنتائج التحقيق إذا لم يتضمن ذلك مناقشته تفصيلاً في الأدلة المسندة إليه ، أي أن الاستجواب يقتضى توافر عنصرين لا قيام له بدونهما :

١ - توجيه التهمة ومناقشة المتهم تفصيلاً عنها .

٢ - مواجهة المتهم بالأدلة القائمة ضده ، ولا يلتزم المحقق بترتيب معين في استيفاء هذين العنصرين ، فقد يكون من الأنفع تأخير توجيه

استجواب المتهم من المحكمة إلا إذا قبل ذلك . وإذا ظهر أثناء المرافعة والمناقشة بعض وقائع يرى القاضي لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لظهور الحقيقة ، يلقفه القاضي إليها ويرضخ له بتقديم تلك الإيضاحات .

ويتساءل المرفصاوى ^(٧) تعليقاً على المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية « ولكن هل ينبغي أن يعاط المتهم علماً بالالتهم بشكل محدد ؟ » ويجيب على ذلك بأنه ليس من الميسور دائماً تحديد التهمة وتكييفها من الناحية القانونية على وجه الدقة منذ بدء مرحلة التحقيق ، فضلاً عن احتمال كشف ظروف جديدة تدعو إلى تغيير وصفها ، ويؤدي هذا إلى القول بأنه يكفي مجرد الإحاطة بالواقعة بشكل عام دون اشتراط ذكر وصف التهمة على وجه التحديد ، مثلاً : أنت متهم بالاشتراك في قتل فلان بلا حاجة لذكر وسيلة الاشتراك ، بيد أنه إذا عدل وصف التهمة أثناء التحقيق فإنه يتعين أن يخطر المتهم بالتعديل .

الغرض من الاستجواب :

هو مناقشة ما قام قبل المتهم من أدلة ، وقصد به صالحان :

أولهما : الصالح العام حتى لا تمس الحرية الفردية إلا بتوافر أدلة كافية ، وبلا جدال أن من صالح المجتمع إلا يزوج بالأفراد في السجن لمجرد شبهات تقوم ضدهم ، أو أدلة تنهار عند الاستجواب ، كما قصد بالاستجواب

ثانيهما : صالح المتهم حتى يستطيع دفع التهمة المسندة إليه ، ولذا فإن الاستجواب يعتبر من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على اغفالها بطلان أمر الحبس أو الامتداد الصادر ضد المتهم ^(٨) .

طبيعة الاستجواب :

وقد احتدم الجدل بين شراح الإجراءات الجنائية حول طبيعة الاستجواب كإجراء من إجراءات التحقيق . فذهب البعض إلى القول بأن استجواب المتهم وسيلة حصول على دليل إثبات للتهمة الموجهة إليه يستخلص من واقع أقواله وإجاباته في صدد هذه التهمة . ولكن هذا القول مردود عليه بأنه قد يكون المتهم المستجوب

التهمة ومناقشته تفصيلاً عنها إلى ما بعد مواجهته بالأدلة القائمة ضده .

(ب) الاستجواب العكسي :

ويعتبر القانون في حكم الاستجواب مواجهة المتهم بغيرة من الشهود أو المتهمين فهذه المواجهة تنطوي على إحراجهم ومواجهته بما هو قائم ضده ، وتقتضى هذه المواجهة أن تقتزن بمناقشة المحقق للمتهم تفصيلاً في الموقف الحرج الذي تعرض له حتى تعتبر في حكم الاستجواب^(١١٠) .

المواجهة :

المواجهة لاتعدو أن تكون ضرباً من استجوابه ، لأن الاستجواب هو في ذاته مواجهة للمتهم بالتهمة والأدلة الكاشفة عن صلتها بالواقعة موضوع الاتهام .

وإذا كان القانون قد غاير بين الاستجواب وبين المواجهة ، واستخدم بذلك لفظين في التعبير عن ذات الحقيقة ، فيفسر ذلك بأنه أراد أن يخص لفظ الاستجواب لأول مرة بواجهه فيها المحقق شخص المتهم بأمر حدث لم تكن قد توافرت بعد وقت المواجهة الأولى ، أو بأمر تكشف عن كذبه فيما كان قد أدلى به من وجوه الدفاع^(١١١) .

إجراءات الاستجواب :

نصت المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية بأنه «عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق ، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته ، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ، ويثبت أقواله في المحضر» ومفاد ذلك أن المحقق هو الذي يتثبت من شخصية المتهم ولم يرتب القانون واجباً على المحقق أن يبنى التهم عن شخصيته ، كما لم يرتب بطلائاً لاغفال ذلك ، طالما أن الذي أجرى التحقيق هو وكيل النيابة المختص^(١١٢)

وإذن فالطريقة التي يستجوب بها المتهم هي احاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه وإثبات أقواله في المحضر ، ومعنى إثبات أقواله ، أنه لا يجوز حمله حملاً على أقوال معينة ، وإنما يترك له أن يقول ما يشاؤه وتثبت

أقواله كما هي ، ولذا فإنه لا يجوز قانوناً الضغط على المتهم عند استجوابه بأية طريقة من طرق الضغط التي يحتمل معها أن يقول رغماً عنه ما لم يكن ينفي القول به ، فلا يجوز تحميله اليمين ، ولا يجوز أن يستخدم معه أي أسلوب خادع كتوجيه أسئلة هادفة إلى تقييد ما يسقط من تصريحات معينة حيث لا يكون المتهم قد أدلى بها تلقائياً ، ولا يجوز أن يستخدم معه لا أسلوب الوعد ولا أسلوب الوعيد في سبيل أن ينصح بأمر معين ، ولا يجوز من باب أولى استخدام أسلوب الترويم المغناطيسي معه كي يصرح من غير وعي بأمر كانت مخبأة منه وكان حرصاً على كتمانها ، كما لا يجوز إخضاعه لأكراه مادي أو تعذيب ، ولا يجوز حقنه بمصل الحقيقة ليدخل في غيبوبة وتوجه إليه أسئلة وهو داخل فيها أو أثناء خروجه منها ، فكل ذلك محظور حسب ما استقرت عليه الأمور في القانون المصري ، كما أنه من غير الجائز تعمد أرهاق المتهم بأسئلة طويلة لا نهاية لها بغية تعطيل أعصابه والتوصل إلى صدور اعتراف منه تخلصاً من كابوس الأسئلة الجاثم على صدره وذهنه^(١١٣) .

فالاستجواب - بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق - يجب أن يتضمن الإجراءات الآتية :

١ - التثبت من شخصية المتهم وإثبات البيانات الخاصة به من حيث الاسم والسن وصناعته ومحل إقامته وأوصافه ، وذلك عند استجوابه لأول مرة في التحقيق .

٢ - تحديد الوقائع المنسوبة إلى المتهم تحديداً صريحاً وتحديد وصفها القانوني كلما أمكن ذلك .

٣ - مجابهة المتهم بالأدلة المثبتة ومناقشته تفصيلاً فيها ، ويجوز للمحقق مجابهة المتهم بمصادر أدلة الشبوت إذا لم يكن في ذلك إضرار بمصلحة التحقيق .

٤ - دعوى المتهم إلى إبداء دفاعه والإتيان بالأدلة المثبتة لبرائته ، وقد نصت المادة ١٢٣ إجراءات على حكم خاص بالنسبة لجرعة القذف بطريقة

ونستعين من هذا ثلاثة شروط حسب ما ورد بالمادة ١٢٤ إجراءات وهي :

أولاً : أن تكون الواقعة جنائية ، وذلك لمخاطورتها ، ولأهميتها بالنسبة إلى غيرها من الجرائم .

ثانياً : أن لا تكون الجريمة في حالة التلبس أو في حالة من السرعة تسبب الخوف من ضياع الأدلة كما إذا كان الشاهد المراد مواجهته بالمتهم مشرفاً على الموت ، أو كان القاضي بعيداً عن مقر المحكمة ، أو كانت الآثار على وشك الزوال (١٧) . وحالة التلبس ذاتها من زحوال الاستعجال ، وقد قضت محكمة النقض في صدد هذا الشرط بأنه « إذا كان تقدير هذه السرعة متروكاً للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع ، فما دامت هي قد اقرته عليه للأسباب التي أوردتها ودلت على توافر الخوف من ضياع الأدلة ، فلا يجوز للطاعن - من بعد مصادرتها في عقيدتها أو مجادلتها فيما انتهت إليه (١٨) والمحكمة التي أباحت للمحقق استجواب المتهم بغير حضور المدافع في تلك الصور هي الرغبة في اتمام الإجراءات بسرعة بغية الوصول إلى الحقيقة .

ثالثاً : أن يكون للمتهم محام ، فقد قصر المشرع واجب المحقق على دعوة محامي المتهم أن وجد (١٩) .

وأبانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ سالفه الذكر كيفية إعلان المتهم عن اسم محاميه وذلك بتقرير يكتب في قلم كتاب المحكمة ، أو إلى مأمور السجن ، كما يجوز لمحامي أن يتولى هذا الإقرار أو الاعلان ، وقضت محكمة النقض بأنه لم يتطلب القانون لدعوة المحامي لحضور استجواب المتهم في جنائية أو مواجهته شكلاً معيناً ، فقد تتم بخطاب أو على يد محضر ، أو أحد رجال السلطة العامة (٢٠) . إذن فوجوب دعوة محامي المتهم أن وجد لمخضور الاستجواب أو المواجهة كالتزام مشروط بأن يكون المتهم قد أعلن اسم محاميه بالطريق الذي رسمه القانون وهو التقرير في قلم كتاب المحكمة أو أمام مأمور السجن (٢١) مكر .

وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة تبنيهاً موجهاً للدفاع في صورة تعليمات بأنه « لا يجوز للمحامي

النشر في إحدى الصحف أو المطبوعات بأن أوجبت على المتهم أن يقدم للمحقق - عند أول استجواب له - وعلى الأكثر في الخمسة الأيام التالية بيان الأدلة عن كل فعل أسند إلى موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة والا سقط حقه في إقامة الدليل المشار اليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ (١٤) .

وإذا كان هنالك عدة متهمين وجب استجوابهم الواحد منفصلاً عن الآخر ، فلا يبقى في مكان الاستجواب من لم يستجوب بعد ، وذلك ابتعاداً للمتهم عن احتمال التأثير بوجود غيره معه أثناء الاستجواب ، ومع هذا يجوز مواجهة المتهمين أحدهم للآخر توصلاً إلى تعرف وجه الحق (١٤) مكر .

ضمانات الاستجواب :

يجب أن يباشر الاستجواب المحقق ذاته ، سواء أكان قاضي التحقيق أم النيابة العامة ، فلا يجوز انتداب غير المحقق لأجراء الاستجواب ، على عكس الحال بالنسبة لأجراءات التحقيق الأخرى وإذا كان قاضي التحقيق هو الذي يباشر التحقيق فلا يجوز له انتداب عضو النيابة أو مأمور الضبط لإجراء الاستجواب ، وإذا كانت النيابة العامة هي التي تباشرة فلا يجوز لها انتداب أحد مأموري الضبط القضائي لذلك (٧٠م) (١٥) .

أولاً : حضور المدافع :

تنص المادة ١٢٤ إجراءات على أنه « في غير حالة التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة ، لا يجوز للمحقق - في الجنائيات - أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور أن وجد .

ومفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٢٤ من قانون الإجراءات أن المشرع تطلب ضمانات خاصة لكل متهم في جنائية ، هي : وجوب دعوة محاميه لمخضور الاستجواب أو المواجهة فيسما عدا حالة التلبس ، وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة وذلك طمأنة للمتهم وصوناً لحرية الدفاع عن نفسه (١٦) .

ألا يفاجأ المتهم أو محاميه بأمور تحول المفاجأة ذاتها دون الرد عليها رغم أنه من الممكن هذا الرد ، ولم يجوز القانون اطلاع المحامي على التحقيق في يوم آخر أكثر تذكيراً من اليوم السابق مباشرة على الاستجواب أو المواجهة ، وذلك لأنه يحتمل لو قرر القانون ذلك أن تظراً بعد اطلاع المحامي وقبل إجراء الاستجواب أو المواجهة أمور جديدة لم يكن ممكناً أن يلم بها في اطلاعه السابق على طروئها ، ومن أجل ذلك تحدد لاطلاعه اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة حتى يلم بكافة الأمور التي سجلت على المتهم حتى آخر لحظة سابقة على هذا الاستجواب^(٢١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن « دفع محامي المتهم ببطان التحقيق وما تلاه من إجراءات استناداً إلى عدم تمكن النيابة له قبيل التصرف في التحقيق من الاطلاع على ملف الدعوى وعدم السماح له بالاتصال بالمتهم هذا الدفع لا محل له إذ أن القانون لا يرتب البطان إلا على عدم السماح بغير مقتض لمحامي المتهم بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على استجواب المتهم أو مواجهته بغيره أو بالاطلاع على التحقيق أو الإجراءات التي أجريت بغيته^(٢٢) . وللصحيح الحق في أن يقرر عدم اطلاع محامي المتهم على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة للأسباب يستلزمها حسن سير التحقيق ذاته والحرص على استكشاف الحقيقة ، وهو ما نصت عليه المادة ١٢٥ إجراءات في آخر الفقرة الأولى « مالم يقرر القاضي غير ذلك » ، ويقول الدكتور المصفاوي « يبنّي التحرر والاقبال من استعمال هذا الحق إلا لضرورة توجيه فلا يسحق بحق المتهمين في الدفاع عن أنفسهم »^(٢٣) . ونحن مع هذا الرأي مع إضافة أنه كان يجب أن تكون هناك قواعد وشروط للحالات التي يتركها القانون لتقدير المحقق حتى لا تكون مطلقة ومن الصعب التعرف على مدى موافقتها لما قدرته له .

مبدأ الاستجواب :

لم يحدد المشرع سلطة التحقيق بإجراء الاستجواب في وقت معين ، وذلك كقاعدة عامة . فيجوز لسلطة

الكلام إلا إذا أذن له القاضي ، وإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر (٣/٢٤) . وفي التعليمات العامة للنيابات - مادة ٣٦٠٩ إذا حضر محامي المتهم ، فلا يجوز له أن يتكلم إلا إذا أذن عضو النيابة المحقق فإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر ، ولا تسمح من المحامي مرافعة أثناء التحقيق ، وتقتصر مهمته على مراقبة حيدة التحقيق وأبداً ما يعن له من دفع وطلبات وملاحظات على أقوال الشهود كتابة أو شفاهة ، وإذا أبدى المحامي دفْعاً فرعياً يقدم الاختصاص وغير ذلك من أوجه الدفع ، ورأى عضو النيابة عدم وجاهته ، وجب عليه إثباته في المحضر والاستمرار في التحقيق .

وفي المادة ٦١ من نفس التعليمات بأنه « لا يسمح للمحامي بمقاطعة الشاهد أثناء سؤاله ، وإنما يجوز له - بعد الانتهاء من سماع أقوال الشاهد - أن يبدى ملاحظاته عليه ، وأن يوجه له ما يشاء من أسئلة ، على أن توجيهها للشاهد عن طريق عضو النيابة المحقق » .

ولعضو النيابة المحقق رفض توجيهه أي سؤال ليس له علاقة بالدعوى ، أو يكون صيغته ماس بالغير ، فإذا أصر المحامي على توجيهه للشاهد ، فيثبت السؤال بالمحضر دون توجيهه إليه .

وهذه التعليمات تعتبر تفسيراً عملياً للإجراءات التي نصت عليها الفقرة التالية من المادة ١٢٤ إجراءات وبخصوص ما يجب على كل من الدفاع والمحقق .

ثانياً : الاطلاع على التحقيق :

استلزم القانون في استجواب المتهم وفي مواجهته مراعاة تمكين محامي المتهم من الاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ، وأن كانت الجريمة جنحة ، فلا تلزم دعوة المحامي فيها قبل الاستجواب وأن كان لازماً فيها اطلاع المحامي على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أن طلب المحامي ذلك ، والمحكمة من تمكين المحامي من الاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب ، هي :

التهديد أو الارهاق المتعمد للمتهم أو كانت ارادته معدومه أو معيبة بسبب استخدام العقاقير أو المفيبات معه أو إذا عمد المحقق إلى خداع المتهم أو كانت الاسئلة الموجهة إلى المتهم من النوع الايحاءى .

ذلك أن عدم مباشرة أى ضغط على ارادة المتهم عند استجوابه وليست ضمانة مقررّة لصاحبه وإنما هى متعلقة بالثقة فى الجهاز المخوط به لتحقيق العدالة الجنائية ^(٢٧٦)

أما البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم وليس متعلقاً بالنظام العام فهو مخالفة الضمانات الخاصة بمصلحة المتهم فى الدفاع كدعوة المحامى للحضور أو تمكينه من الاطلاع ولذلك يتعين التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض فالقانون يترتب البطلان على عدم السماح بغير مقتضى لمحامى المتهم بالاطلاع على التحقيق على التحقيق فى اليوم السابق على استجواب المتهم أو مواجهته بغيره أو بالاطلاع على التحقيق أو الاجراءات التى أجريت بغيته ^(٢٧٧) وكذلك يترتب البطلان فى حالة قيام المحقق فى جناية بمواجهة المتهم بغيره من المتهمين أو الشهود دون أن يتبع الضمانات المنصوص عليها فى المادة ١٢٤ و ١٢٥ من قانون الاجراءات مالم يقرر المحقق غير ذلك ^(٢٧٨) .

والدفع ببطلان استجواب المتهم فى جناية ، واعترافه المستمد منه لعدم دعوة محاميه للحضور - رغم عدم تنازله عن الدعوى صراحة - هو دفع جوهرى لتعلقه بحرية الدفاع وبالضمانات الأصلية التى كفلها القانون صيانة لحقوق هذا المتهم ، مما يقتضى من المحكمة أن تعنى بالرد عليه بما يفنده ، فإن هى أغفلت ذلك ، فإن حكمها يكون معيباً بالقصور فى التسبيب ^(٢٧٩) .

ويتساءل الدكتور المرفصاوى « وإذا فرض وصدر أمر الحبس الاحتياطى أو مدة بغير استجواب المتهم فما هو سبيله للتمسك بهذا البطلان ؟ ويجب أيضاً : ليس أمام المتهم فى التشريع الراهن الا إثارة الموضوع أمام

التحقيق الاتسجا - إليه فى أية لحظة من مرحلة التحقيق ، ولذلك فإن الاستجواب قد يكون هو أول اجراء من اجراءات التحقيق وبه تحرك الدعوى كما قد يكون فى لحظة تالية لسماع الشهود أو اجراء المعاينة أو التفتيش على أنه فى حالة اعتراف المتهم بالتهمة المنسوبة اليه عند سؤاله شفويّاً عنها فإنه يستحسن استجوابه فوراً وقبل أى اجراء آخر ، وفى حالة الإنكار يفضل استجوابه بعد جمع أدلة الثبوت الأخرى لمواجهته بما أسفرت عنه ، ويجوز إعادة استجواب المتهم أكثر من مرة أثناء التحقيق ^(٢٨٠) .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن الاستجواب غير مقيد بميعاد معين إلا أن المشرع أوجب اجراؤه خلال مدة أربع وعشرين ساعة إذا كان المتهم مقبوضاً عليه . فالمادة ١٣١ اجراءات أوجبت على قاضى التحقيق أو النيابة العامة أن تستجوب فوراً المتهم المقبوض عليه ، وإذا تعذر ذلك يودع فى السجن إلى حين استجوابه ، ويجب ألا تزيد مدة ايداعه على أربع وعشرين ساعة . فإذا مضت هذه المدة وجب على مأمور السجن تسليمه إلى النيابة العامة وعليها أن تستجوبه فوراً إذا كانت هى التى تباشر التحقيق ، وإذا كان التحقيق يباشر بمعرفة قاضى التحقيق فعليها أن تطلب منه استجوابه فى الحال ، ولها عند الاقتضاء أن تطلب ذلك من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة أو أى قاضى آخر يعينه رئيس المحكمة ، والأمر باخلاء سبيله ^(٢٨١) .

بطلان الاستجواب :

يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام فى حالة ما إذا باشر الاستجواب غير المحقق كما حالة مأمور الضبط القضائى لاتعدام الولاية بأجرا - الاستجواب حتى ولو كان بناء على انتداب من قاضى التحقيق أو النيابة العامة .

وكذلك فى حالة التأثير على ارادة المتهم بالاكراه أو

الجهة التي يعرض عليها مذ الحبس أو موضوع الدعوى بعد ذلك وتعين عليها أن تبطل الأمر بالحبس أو الامتداد ، وتأمّر بالافراج عن المتهم فوراً ، ثم يتسأل ولكن هل يجوز تفادي البطان باستجواب المتهم لدى الجهة التي يشار أمامها ذلك الموضوع ، فيتحقق بهذا الضمان الذي قد منعه آياه ؟ ثم يدلى برأيه الخاص بأن أمر الحبس قد ولد باطلاً ولا يصححه الاستجواب اللاحق لأنه بنى على معدوم والمبنى على المعدوم معلوم (٣٠) .

ونحن نرى أنه يجب على المشرع التدخل لحسم هذه الأسئلة بأجابات اجرائية قاطعة خاصة في موطن التدابير المتروكة على اطلاقها للقائم بالاجراء مما يتسبب في كثير من الزلل وضياح كثير من الحقوق والضمانات التي يجب أن تحيط بالتحقيق وما يترتب عليه ، ويكون الحق في مأس من شطحات الهوى وسوء التقدير حتى ولو كان تحت رقابة محكمة الموضوع .

الهوامش :

- ١ - د. فتحي سرور - الاجراءات - ص ٢٧٢ وما بعدها .
- ٢ - طعن رقم ٢٩٤ لسنة ٤٩٩/٩/١٤ ص ٣٠ ص ٣٨٥ .
- ٣ - طعن رقم ٧٢٩ لسنة ٣٣٦/٦/٢١ ص ١٧ ص ٨٦٢ .
- ٤ - طعن رقم ٩٥٣ لسنة ٤٤٣/١١/٢٥ ص ٢٤ ص ١٠٥٢ .
- ٥ - انظر في الموضوع محمد سامي التبراي ، استجواب المتهم . رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٦٨ وماؤمن محمد سلامة - الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ص ٦٣٤ .
- ٦ - مأمون سلامة ، الاجراءات في التشريع المصري ص ٦٣٤ وما بعدها .
- ٧ - المرفاوى ، أصول الاجراءات الجنائية ، ص ٤١٧ .
- ٨ - الشاوي ص ١٢٠ والمرفاوى ص ٤٢١ .
- ٩ - د. رمسيس بهنام . الاجراءات نظرياً وتطبيقياً ص ١٦١ .
- ١٠ - معرض عبد التواب ، الحبس الاحتياطي علماً وعملاً ، ص ١١٨ .
- ١١ - رمسيس بهنام ، الوجيز في الاجراءات نظرياً وتطبيقياً ، ص ١٦٢ .
- ١٢ - نقض ١٩٧٨/٦/١٢ مع ص ٢٩ ص ٦١٩ .
- ١٣ - رمسيس بهنام ، الوجيز في الاجراءات السابق ص ١٦٠ .

١٤ - مأمون سلامة ، الاجراءات في التشريع المصري ، ص ٦٣٥ . المرفاوى ص ٤١٨ .

١٥ - الاجراءات في التشريع المصري ، مأمون سلامة ، ص ٦٣٨ .

١٦ - نقض ١٩٦٨/١/٢٨ مع ص ١٩ ص ٨٩١ .

١٧ - راجع للمذكرة الاضاحية لقانون الاجراءات الجنائية عن المادة ٤٣ من المشرع .

١٨ - نقض ١٩٧٥/١٢/١٢ أحكام النقض ص ٢٧ ص ٤١٢ .

١٩ - المرفاوى ص ٤١٩ .

٢٠ - نقض ١٩٦٨/١/٢٨ مع ص ١٩ ص ٨٩١ .

٢١ - رمسيس بهنام ص ١٦٢ .

٢٢ - نقض ١٩٥٦/٣/١٥ أحكام النقض ص ٧ ص ١٠٧ ص ٣٦١ .

٢٣ - المرفاوى ص ٤٢١ .

٢٤ - ويلاحظ أن المادة ١٢٣ اجراءات تنص على انه عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق يجب على المعلق أن يتقيد في شخصيته ثم يحيط علماً للتعلم المتسرة إليه ويثبت أقواله في المحضر ، وهذا الاجراء لا يعتبر استجواباً ولذا هو مجرد الثبات لشخصيته وإحاطته بالتهمة ، ذلك أن الاستجواب يتطلب المناقشة التفصيلية ، والقرل بغسر ذلك يؤدي إلى اعتبار سماع أقوال المتهم في أي جلسة من جلسات التحقيق استجواباً وهذا سالم يمكن التسليم به ، ونظراً لأن الاستجواب رتب عليه القانون اثاراً سميعة ومنها الحبس الاحتياطي ومن ثم وجب مراعاة الضمانات المقررة له عند اجرائته . مأمون سلامة ص ٦٣٦ . ومن هذا الرأي أيضاً ، أحمد فتحي سرور الاجراءات ص ٦١٩ .

٢٥ - نفس المصدر السابق ، إذا عرض مأمور الضبط القضائي على النيابة محضر الاستدلالات بعد حوزة للمهم لمدة أربع وعشرين ساعة ، وطلب من النيابة مد الحجز لمدة أربع وعشرين ساعة أخرى ، فإنه يجب على النيابة ألا تأمر بملك الا لتضرورة ملجئة ولا تبادر إلى استجواب المتهم ضماناً لحرية ، المادة ٣٦٩ تعليمات النيابة العامة .

٢٦ - هامش ١ ص ٦٤١ . مأمون سلامة .

٢٧ - نقض ١٩٥٦/٣/١٥ أحكام النقض ص ٧ ص ١٠٧ ص ٣٦١ .

٢٨ - نقض ١٩٦٩/٤/٢٨ مع ص ٢١ ص ٥٧٨ .

٢٩ - نقض ١٩٦٨/١/٢٨ مع ص ١٩ ص ٨٩١ .

٣٠ - المرفاوى ص ٤٢١ .

محتويات

أولاً : من قضاء المحاكم

- ١٣ من أحكام المحكمة الدستورية العليا .
- ١٢٣ من قضاء النقض فى الإيجارات

ثانياً : المستحدث من الأحكام

ثالثاً : الأبحاث والدراسات القانونية

- ١- تعليق على حكم محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادر فى الطعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٥ ق فى أغسطس ١٩٩٢م للسيد الدكتور / عادل حسن على السيد
- ١٨٥
- ٢- مشكلة جنسية أبناء الأم المصرية المطلقة من أجنى للسيد الدكتور / حسام الدين فتحى ناصف
- ٢٠٣ مدرس القانون الدولى الخاص حقوق عين شمس .
- ٣- اشراف السلطة القضائية على الانتخابات النيابية والإستادات العامة وتحقيق الطعون فيها
- ٢١٣ دكتور / محمد كامل عبيد كلية الحقوق - جامعة القاهرة (فرع بنى سويف) .
- ٢٢١ ٤- قانون التحكيم الجديد الأستاذ / عثمان حسين نائب رئيس محكمة النقض (الأسبق) .
- ٥- حق المدعى بالمحقوق المدنية فى الاختيار بين الالتجاء إلى القضاء الجنائى أو القضاء المدنى
- الأستاذ / محمد عبد الحميد الألفى المحامى دراسات عليا فى القانون الخاص والقانون الدولى
- ٢٢٧ والقانون الجنائى .
- ٦- أحكام التفويض بين نصوص الإجراءات والتطبيق العملى للأستاذ / على شافعى المحامى بالنقض
- ٢٣٧
- ٧- الحل التشريعى لمشكلة الإرهاب بقلم مقدم . دكتور / محمد الغنام .
- ٢٤٩
- ٨- المعاملة الضريبية لشركات قطاع الأعمال العام الأستاذ / حكيم أسكندر منصور المحامى بالنقض
- ٢٥٧
- ٩ - الحماية الوقتية للعبادة العرقية دراسة مقارنة الأستاذ / أشرف مهدى مصطفى المحامى
- ٢٦٩ ١٠- نظرية التصفى فى إستعمال الحق فى الفقه الإسلامى الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير المحامى
- ٢٩٥ بالنقض .
- ١١- بحث فى الأحوال الشخصية حول مجال تطبيق المادة ١١ مكرر ثانياً من القانون رقم ١٠٠ لسنة
- ١٩٨٥ وحكم لمحكمة النقض محل نظر الأستاذ/ وليم اسكاروس المحامى بالنقض
- ٣٠٥ ١٢- الاستجواب الأستاذ / تاج الدين محمد تاج الدين المحامى .
- ٣١١

المحاماة



لأننا نعلم
أننا نعلم

المحاماة

- 1- المحاماة هي...
- 2- المحاماة هي...
- 3- المحاماة هي...
- 4- المحاماة هي...
- 5- المحاماة هي...

كل أولئك هي المحاماة



الحاميه

مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد مايو - أغسطس ١٩٩٥



الجزء الثاني

المحاماه

مجلة قانونية فصلية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
السنة الرابعة والسبعون عدد أغسطس ١٩٩٥



الجزء الثاني

بغير الإنسان الحر ، وقضاء مستقل ،
وبغير محاماة تنتصر للمظلوم أمام ذلك
القاضي المستقل لن يسلم حالنا أبداً

الأستاذ الجليل
أحمد الخواجه
نقيب المحامين

كلمة العدد

يتصادف صدور هذا العدد (العدد الثاني لسنة ١٩٩٥) في بداية العام القضائي الجديد (٩٥ / ١٩٩٦) وبهذه المناسبة نهنيء محامي جمهورية مصر العربية بالعام القضائي الجديد .. جعله الله عاماً سعيداً لكل العاملين في حقل القانون .

وإذ نقدم في هذا العدد أحدث أحكام القضاء الإداري .. والإدارية العليا حتي سنة ١٩٩٥ .. والتي لم يسبق نشرها من قبل .. وسوف نوالي بإذن الله نشر أحكام الإدارية العليا .. والدستورية العليا والنقض المدني والجنائي حتي نهاية ١٩٩٥ في العدد القادم

ونرجو ملحين أن توافونا بما يعن لكم من آراء أو اقتراحات أو نقد علي الأعداد السابقة وذلك سلباً أو إيجاباً .. حتي نستفيد من ذلك ... إذ نعمل جاهدين إلي الأفضل والأحسن .. حتي تكون مجلتكم مرموقة بين سائر المجلات الأخرى في الحقل القانوني .

كما نرجو أن توافونا بأية أبحاث حديثة لديكم لنشرها بمجلتكم . حتي تعم الفائدة .. إذ أننا نعمل من أجلكم ، وفي خدمتكم .. ونستمد العون من الله سبحانه وتعالى وحده .. وبفضل اخلاصكم وحبكم لمجلتكم .. والله يهدي إلي خير السبيل ..

إنه نعم المولى .. ونعم النصير

محمد السيد حمزون

المحامي

وكيل نقابة المحامين

لقاء شباب المحامين بمناسبة

المسابقة البحثية الخاصة بالدكتور / زكى هاشم المحامى

كانت نقابة المحامين - ممثلةً في لجنة الشباب - قد دعت إلى مسابقة بحثية لشباب المحامين في الموضوعات

الثلاثة الآتية :

١- علاقة قانون الاجراءات الجنائية بالدستور .

٢- مستقبل علاقات الاسكان في مصر .

٣- الدور القومى للنقابات المهنية .

وتقدم لنقابة المحامين أكثر من مائة وثمانى وأربعين بحثاً من شباب المحامين وكانت لجنة الشباب قد حددت

موعداً لتقييم الأبحاث وهو يوم الخميس

١٩٩٥/١٢/٢٨ وذلك عن طريق لجنة

مشكلة من الأساتذة :

١- رفعت ابراهيم المحامى .

٢- فايز لوندى المحامى .

٣- زكريا خطايبى المحامى .

وقد اجتمعت اللجنة المشكلة لمراجعة

الأبحاث المقدمة من شباب المحامين .

وقد انتهت اللجنة بعد فحص الأبحاث

المقدمة إلى تقييمها على الترتيب الآتى :

الاول : وهو البحث المقدم من الأستاذ / حسان عبد الصالحين أحمد المحامى وحصل على ٣٠٠٠ جنيه .

الثاني : وهو البحث المقدم من الأستاذ / فتحى إمام خلف الله المحامى وحصل على مبلغ ٢٠٠٠ جنيه .

والثاني مكرر : وهو البحث المقدم من الأستاذ / صلاح الدين جميل أحمد نصر المحامى وحصل أيضاً على مبلغ

٢٠٠٠ جنيه .

والثالث : وهو البحث المقدم من الأستاذة / نورا صبحى يواقيم المحاميه وحصلت على ١٥٠٠ جنيه .

والثالث مكرر : وهو البحث المقدم من الأستاذ / سعيد محمد أبو الفتح المحامى ومن الرابع حتى العاشر

الأساتذة :



٤- خالد عبد الله شهاب

٥- أحمد محمد أحمد البلتاجي

٦- محمد إبراهيم صبيح

٧- عاطف عايد جرجس

٨- نهاد فاروق عباس محمد

٩- ابراهيم مهنى عبد المعطى

١٠- أشرف عبد الفتاح الروبى

وقد حصل كل من هؤلاء الأساتذة على مبلغ ٥٠٠ جنيه .

أما باقى الباحثين من الثانى عشر حتى الأخير فقد رأى الأستاذ / مختار نوح أمين الصندوق اعطاء كل واحد من هؤلاء الأساتذة الباحثين مبلغ ١٥٠ جنيه تشجيعاً لهم على بحثهم ويكفيهم شرف المحاولة مع تمنياتنا لهم بحظ أوفر فى المسابقات التالية وتم عرض الأمر على سيادة النقيب فكان الاجتماع على تشجيع البحث العلمى .

ثم جاء اليوم الذى انتظره الباحثون على وجل وشوق ... وهو يوم اعلان الجوائز ... والكل يُبسم وجهه شطر المنصة وامتلات القاعة عن آخرها واكتملت المنصة أيضاً بشباب مجلس نقابة المحامين وتقيبهم المبجل وجلس على المنصة معالى نقيب المحامين الأستاذ / أحمد الحواجه ثم الأستاذ / مختار نوح أمين الصندوق ثم الأستاذ خالد بدوى أمين الصندوق المساعد ومقرر لجنة الشباب ثم الأستاذ / جلال سعد عثمان الأمين العام المساعد ومقرر لجنة الشباب أيضاً والأستاذ / يوسف كمال عضو المجلس ثم الأستاذ / ناصح طه ثم الأستاذ / محمد أبو الوفا عضواً المجلس ثم الأساتذة الأفاضل / رفعت ابراهيم وكيل نقابة المحامين الفرعية بالقاهرة والأستاذ / زكريا خطابى ، والأستاذ / فايز لوندى (وهم أعضاء اللجنة المشكلة لتقييم ومراجعة الابحاث ...)

ثم فتحت الجلسة بخير بداية بالقرآن الكريم

ثم بدأ الأستاذ / مختار نوح كلمته بأن هنا السادة المحاضرين برأس السنة الميلادية ودعا الله سبحانه وتعالى أن تعود لبلادنا البسمة وأن يأتى العام القادم وقد حُلّت كل مشكلاتها على كل صعيد وكل مستوى .
ثم قدم الأستاذ / جلال سعد عثمان الأمين العام المساعد بصفته مقرراً للجنة الشباب ليقول كلمة الشباب .

ويعد أن حمد الله سبحانه وتعالى
وأثنى عليه ذكر فى كلمته أن هذه النقابة
لا يمكن أن تموت ولكنها قد تمزق أو تنام
أو تغفو ومن هنا كان لابد من أن يقوموا
على تنبيهها وإيقاظها وعلاجها من
أمراضها حتى تصح وتحيا وتقوم
برسالتها على أكمل وجه وأحسن صورة
وإن كانت الأمم تُقاس بشروعاتها ، فإن
أعظم ثروات هذه النقابة هي الشباب .





فالشباب هم الذين يستطيعون أن يُحيوا هذه النقسابة من مسوات وأن يوقظوها من بُسات ، وأن يجمعوها من شتات ، وأن يحركوها من سكون وأن ينهوها من غفلة ذلك لأن الشباب في كل عصر هم عماد النهضة وحملة الرسالات وذخيرة هذه الأمة وأمل الغد ثم ضرب أمثلة :

١- بأن أصحاب موسى كانوا شبابا .

٢- وكان أصحاب الكهف شبابا .

٣- وكان إبراهيم عليه السلام عندما حطم الأصنام كان شابا .

٤- وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في مجموعهم شبابا .

وذكر أنه لا يجد غرابية إذن أن تتجه نقابتنا إلى الشباب وثلاثة أرباع أعضاء المجلس من الشباب ، وكيف أنهم علي مستوى آخر يمثلون ٩٠٪ من مجموع جمعيتهم العمومية ثم تعرض لما أنجزته لجنة الشباب للمحامين .



وقال أنها إنجازات تكاد تشبه المعجزات بالنظر إلى الفترة العسيرة التي مرت بها نقابتنا ومع ذلك تم عمل عدة مشروعات كمشروع الكتاب المقسط والمعارض المخفضة للكتاب القانوني ثم مشروع المواصلات ثم رفع الحد الأدنى لمن لا يستحق معاشاً إلى ١٧٥ جنيه ثم مشروع التكافل الاجتماعي ، ثم مشروع الرعاية الصحية لعلاج المحامين وأسره ، ثم تشجيع الشباب على البحث العلمي .

ثم توجه بالشكر الجزيل والثناء العطر للأساتذة أعضاء اللجنة المشكلة من :

(رفعت إبراهيم - فايز لوندى - زكريا خطاي) .

ثم تحدث الأستاذ خالد بدوي أمين الصندوق المساعد ومقرر لجنة الشباب ودعا للسادة الحضور أن يديم عليهم نعمة البحث والدراسة والتعلم وقال - فيما قال - أن كلنا يتعلم من لحظة ميلاده إلى أن يلقى ربه ودعا السادة الحضور إلى أن يتفقهوا في القانون وفي غير القانون ، كما شكر سيادته معالي النقيب على حضوره وتشريفه ورعايته للشباب .

ثم قدم الأستاذ / مختار نوح معالي
النقيب بكلمة بليغة ذكر فيها كيف أنه رمز
نقابي لا يمكن تجاهله وأنه شباب حقيقي
وجزم في كلمته أنه يتعامل مع سيادته منذ
عام ١٩٨٥ حتى الآن فوجد في مدرسته
الدراسة المجانية الوحيدة التي حافظت على
مجانيه التعليم مدرسة الأستاذ / أحمد
الخواجه بما فيها من خلق عالٍ وأداء طيب
واحترام للعلم ..



ثم بدأ معالي النقيب كلمته فقال أن القصد حينما يمنح جوائز
للشباب هو دفعهم إلى البحث العلمي - وأنه في القانون لا يمكن
للمرء أن يكتب إلا إذا قرأ وأستوعب .. وأنتم معشر شباب الحاميين
رموز أمام شباب الحاميين العرب .. فمصر هي المدرس والمعلم
والكلية .

إن مسئولية شباب الحاميين في مصر أوقع وأعرض من
مسئولية شباب أي دولة أخرى لأنهم يعبرون عن ضمير أمتهم

وأنا أقول دوما :

أن الحياة كلمة ..

بل والحق كلمة ..

وأنتم أهل لحب مل هذه الأمانة .

حقوق وتابع حوار الندوة

الأستاذ / أحمد حلمي المحامي

نقابة المحامين

لجنة الشباب

تم بحمد الله توزيع الجوائز المالية على الفائزين فى المسابقة البحثية المقدمة جوائزها من الأستاذ الدكتور /

« زكى هاشم »

وقد فاز فى المسابقة الأستاذة / حسان عبد الصالحين أحمد ، فتحي إمام خلف الله ، صلاح الدين جميل أحمد نصر ، نورا صبحى يواقيم ، سعيد محمد أبو الفتح ، خالد عبد الله شهاب ، أحمد محمد أحمد البلتاجى ، محمد إبراهيم صبيح ، عاطف عابد جرجس ، نهاد فاروق عباس محمد ، إبراهيم مهنى عبد المعطى ، أشرف عبد الفتاح الروى .

وتعلن النقابة عن المسابقة البحثية الثانية والمقدم جوائزها من الأستاذ النقيب /

« أحمد الخواجه - نقيب المحامين »

حول الموضوعات الآتية :

١- قانون الإيجارات - تصور جديد .

٢- المحاماة وحقوق الانسان .

٣- نحو قانون للتجاره جديد

وتبلغ قيمة الجائزة الأولى : ثلاثة آلاف جنيه .

والجائزة الثانية : ألف وخمسمائة جنيه .

والجائزة الثالثة : ألف جنيه .

ويمنح الفائزون من الرابع وحتى العاشر جائزة قدرها خمسمائة جنيه مصرى وتقدم الأبحاث

حتى يوم ١٤/٣/١٩٩٦ .

نقيب المحامين

أحمد الخواجه

مقررا لجنة الشباب

خالد بدوى

وجلال سعد

عضوا مجلس النقابة



نحمد الله
على سلامتكم
زهرة مجلس نقابة المحامين
الأستاذ / محمد عاكف جاد

عضو مجلس النقابة عن دائرة إستئناف
المنصورة نناد بسلامة الله إلى أرض الوطن بعد علاج
من الله علينا جميعاً بسلامته .

ومجلس نقابة المحامين يسجد لله شكراً على
العطاء ويتمنون لسيادته دوام الصحة والعافية وأن
يستمر جهده وجهاده في خدمة المحامين ونقابتهم .

مجلس نقابة المحامين

من
قضاء النقض
فى
الإجراءات

(١)

محكمة القضاء الإداري

دائرة التسويات

جلسة الاثنين

١٩٩٢/٣/١٦

قبولها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مدة لا تزيد على أسبوعين بالإضافة إلى مدة الثلاثين يوماً بشرطه إخطار العامل بذلك فإذا لم تبت الجهة الإدارية في الاستقالة وضعت مدة الثلاثين يوماً اعتباراً من الاستقالة مقبولة بحكم القانون .

حكمت المحكمة

بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار السلبى بالامتناع عن إنهاه خدمة المدعى للإستقالة وإعطائه شهادة بإنتهائه خدمته وخلو طرفه وخبرته السابقة وما يترتب على ذلك من آثار .

(الدعوى رقم ٣٦١٨ لسنة ٤٦ ق)

(٢)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار وزارة الشؤون الاجتماعية الصادر باشتراك فريق من الهيئات والجمعيات الاجتماعية التابعة للوزارة باسم مصر في دورة الألعاب الأولمبية بسبيل في سبتمبر ١٩٨٨ وفي الموضوع بالغاء القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار . وحيث أن المشرع قد ألزم الجهات المختصة بتأهيل المعوقين المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية بتقديم الخدمات الاجتماعية والنفسية والطبية والتعليمية والعملية لهم ولتمكينهم من التغلب على الآثار التي تخلفت عن عدم قدرتهم على الاعتماد على أنفسهم من مزاوله العمل والإستقرار فيه وقد أناط المشرع بوزارة

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار السلبى بإمتناع جهة الإدارة من إنهاه خدمته طبقاً لنص المادة ٩٧ من القانون رقم ٤٧ لسنة ٧٨ وإعطائه شهادة تفيد ذلك وخلو طرفه ومدة خبرته وفي الموضوع بالغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار عدم تقديم الجهة الإدارية الإجابة والرد على المدعى بعد أن تقدم باستقالته بجعلها في حكم الممتنع عن الرد السلبى على المدعى . سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلفاء وفرع منها مودها إلى الرقابة القانونية التي يسلطها القضاء الإداري على القرار على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية فلا يوقف تنفيذ القرار إلا إذا توافر ركنان أولهما الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يعمد تداركها والثاني يتصل بمبدأ المشروعية أى أن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جديّة ترجح بحسب الظاهر الغاء القرار وذلك دون مساس بطلب الإلفاء ذاته الذي يبقى دانساً بما يتفرع عنه من دفعوع وما يتعلق به من دلائل موضوعية تردده وترخصه حتى يفصل فيه موضوعاً .

إذا تقدم العامل باستقالة مكتوبة غير معلقة على شرط أو مقترنة ب قيد ولم يكن محالاً إلى المحاكمة التأديبية وجب على الجهة الإدارية التبت فيها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها ، إما بقبولها وعندئذ تنتهى خدمة العامل بالقرار الصادر بقبولها أو بإرجاء

الشئون الاجتماعية إنشاء المعاهد والمؤسسات والهيئات اللازمة لتوفير تلك الخدمات لهم .

ويدخل فى مدلول الرعاية المقررة للمعوقين الرعاية الصحية والبدنية المتمثلة فى نشر الوعى الرياضى بينهم وتشجيعهم على ممارسة الرياضة بما تشمله من لعبات مختلفة والعمل على نشرها بينهم ورفع مستواهم الفنى فيها وتمشياً مع ذلك وفى ضوء تلك الأهداف أنشأت وزارة الشئون الاجتماعية من بين ما أنشأته مؤسسة لرعاية المعوقين ترعاهم وتذل كافة العقبات التى توجد أمامهم . وقد اشتركت الوزارة عن طريق هذا الاتحاد فى مسابقات رياضية محلية ودولية متعددة وحيث أن الاستفادة من نصوص القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ أن المشرع جعل مباشرة النشاط الرياضى بجمهورية مصر العربية لكل من اللجنة الأولمبية واتحادات اللعابات الرياضية والأندية والهيئات الرياضية للمعوقين .

وهن حيث أنه لما تقدم فإنه ولئن كانت وزارة الشئون الاجتماعية قد أنشأت اتحاد الهيئات رعاية للنشأت الخاصة والمعوقين يضم كلا من هيئة رعاية المعوقين عن الشلل بجمعية الوفاء عن المكفوفين وأنشأت من خلال هذا الاتحاد لجنة رياضية للمعوقين برياضة المعوقين بألعاب مختلفة إلا أن الاتحاد المذكور قد أنشأ من خلال الإطار العام الذى قصده المشرع لرعاية المعوقين والذى نص عليه فى المادة ٨٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

ومن حيث أنه متى كان ذلك وإذا صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ بشأن الهيئات الخاصة للشباب والرياضة الذى نص على أن يباشر النشاط الرياضى فى جمهورية مصر العربية كل من اللجنة الأولمبية

واتحادات اللعابات الرياضية والأندية الرياضية والأعضاء فى الاتحادات وجعل من اتحاد اللعبة الجهة الوحيدة المسؤولة فنياً عن شئون هذه اللعبة فى كافة أنحاء الجمهورية ورفع مستواها فى حدود القواعد التى يقررها الاتحاد الدولى وناط بهذا الاتحاد وحده إختصاص إعداد الفرق الأولمبية التى تمثل جمهورية مصر العربية فى الدورات الأولمبية والعالمية والقارات والأقليمية فى البطولات العالمية الدولية والإشراف على تدريبها فإن المشرع يكون قد أتى بأحكام خاصة فى مجال النشاط الرياضى بلعباته المختلفة وأنشأ فى سبيل ذلك الأجهزة الرياضية المذكورة وناط بها وحدها المسئولية عن تكوين هذه اللعبة وإعداد الفرق الأولمبية الأعضاء فى الاتحادات طبقاً لأحكام هذا القانون ونص على أن الاتحاد وحده هو المسئول فنياً عن شئون اللعبة التى أنشأ من أجلها وله فى سبيل ذلك تنظيمها والعمل على نشرها ورفع مستواها فى حدود القواعد التى يحددها الاتحاد الدولى وللاتحاد وحده لذلك إعداد الفرق الأولمبية التى تمثل جمهورية مصر العربية فى الدورات الأولمبية والعالمية والقارية والأقليمية وفى البطولات العالمية والدولية والإشراف على تدريبها وحظر المشرع فى الوقت ذاته تكوين أكثر من اتحاد واحد لأية لعبة رياضية .

وحيث أنه بالنظر على ماتقدم وعلى هدى أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٧ فقد أصدر رئيس جهاز الرياضة القرار رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء الاتحاد العام للأندية الرياضية للمعوقين وتم شهره برقم ١ لسنة ١٩٨٢ بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٠ . وقد نصت المادة الأولى من النظام الأساسى لهذا الاتحاد على أن الغرض منه تنظيم وتمثيل ومتابعة نشاط اللعابات والرياضات التى يمارسها المعوقين والعمل على نشرها بينهم ورفع المستوى الفنى فيها .

(٣)

محكمة القضاء الإداري
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٩٢ الصادر من محافظة الغربية فيما تضمنه من وقف الاستمرار في المباني الجارية إقامتها وإزالة الأعمال التي من شأنها تبوير الأرض بالنسبة للمدعى مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه عن شكل الدعوى ولما كانت الأوراق قد خلت مما يفيد علم المدعى بالقرار بالطعن ومرور أكثر من ستين يوماً على علمه قبل رفع دعواه المائلة فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت في المواعيد القانونية واستوفت أوضاعها الشكلية فهي مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وفقاً لأحكام المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن مناط القضاء بوقف التنفيذ توافر ركنتين :

أولهما : ركن الجدية وذلك بأن يكون ادعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جدية ويرجع معها الإلغاء للقرار .

وثانيهما : ركن الاستعجال وذلك بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج تعذر تداركها .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البادئ من ظاهر الأوراق أن الجهة الإدارية قد أصدرت قرارها المطعون

وحيث كتب المدعى والذي يمثل الاتحاد العام إلى اللجنة الأولمبية المصرية عن طريق المجلس الأعلى للشباب والرياضة بأنه هو الذي يمثل مصر في الدورة الأولمبية التي ستقام في سيول بكوريا الجنوبية في سبتمبر ١٩٨٨ وورد إلى الاتحاد من المجلس الأعلى للشباب والرياضة خطاباً في ١٦/١٢/١٩٨٢ مرفقاً به صور مما ورد إلى المجلس الأعلى من اللجنة الأولمبية المصرية وأن هذه اللجنة المنظمة للدورة الأولمبية بسيول أن الهيئة الرياضية الوحيدة التي تمثل مصر في الدورات الأولمبية والعالمية هو الاتحاد العام للأندية الرياضية التي تمثل جمهورية مصر العربية في الدورات والمسابقات والبطولات المشار إليها .

من حيث أنه على هدى هذا مقتضى وإعمالاً بالقاعدة الخاصة بالقيود العام يكون الاتحاد العام للأندية الرياضية للمعوقين المنشأ طبقاً للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٥ والذي يمثل المدعى والجهة الوحيدة المختصة بإعداد الفرق القومية للمعوقين الذي يمثل جمهورية مصر العربية في دورة سول الأولمبية وتبعاً لذلك يكون القرار المطعون فيه بإعداد فريق من المعوقين الذين تشرف على تأهيلها وزارة الشؤون الاجتماعية باسم مصر في هذه الدورة قد صدر مخالفاً للقانون وبالتالي يكون قد وقع باطلاً مما يتعين القضاء بإلغائه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام الجهة الإدارية بالمصروفات .

(الدعوى رقم ٤٢/٣٥٠٦ ق)

فلمهذ الاسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً ورفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى موضوعها .

(الدعوى رقم ٥٧٨٥ لسنة ٤٢ ق)

(٤)

محكمة القضاء الإدارى دائرة الأفراد والمنازعات (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار مدير مديرية الإسكان لمحافظة القاهرة رقم ٨٧ لسنة ١٩٩٠ مع الحكم برفض الأختام الموضوعة على العقار وإلزام الجهة الإدارية بالتعويض المادى والأدبى .

وحيث أن المدعى يمتلك قطعة الأرض بموجب عقد بيع إبتدائى وقد آلت الملكية إليه بموجب عقد بيع مسجل وقام ببناء دورين الأول يتكون من عدد من المحلات والمخازن قام بتأجيرها والدور الثانى مكون من ثلاث شقق سكنية وأنه قد أخطر بخطاب مسجل بصدر قرار بإزالة المبانى وعندما استفسر عن سبب ذلك القرار تبين أن العقار كان قد تقرر إزالته وبناء حديقة عامة بدلا من هذا العقار .

وحيث أنه لم يثبت من الأوراق أن المدعى قد أعلن بالقرار المطعون فيه بتاريخ ١٤/٣/١٩٩٠ وهو مالم تدخسه الجهة الإدارية فمن ثم تكون الدعوى متاحة فى الميعاد وقد استوفت أوضاعها فهى مقبولة شكلاً .

فيه استناداً إلى أن المدعى قد خالف أحكام قانون الزراعة رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٣ .

وقام بالبناء على الأرض الزراعية وكذلك تبويرها ولم يرتض المدعى هذا القرار فقد قام بالطعن عليه بالدعوى الماثلة .

وحيث أن مفاد نصوص القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٢ و ٧ لسنة ١٩٨٥ أن المشرع قد استهدف مساحة الأرض الزراعية والمحافظة على حقوقها وذلك بأن على المالك أو نائبه أو المستأجر أو الحائز للأرض الزراعية بتبوير الأرض الزراعية أو تركها غير مزروعة كما أنه حظر البناء على هذه الأرض وحدد العقوبات التى يجوز توقيعها من قبل المحكمة المختصة بنظر هذه الجرائم وخول وزير الزراعة سلطة وقف وإزالة هذه المخالفات إلا أن هذه السلطة تختلف عن مخالفة الأخرى ففى حالة البناء على الأرض الزراعية له سلطة وقف أسباب المخالفة بالطريق الإدارى وحتى صدور الحكم الجنائى ودون حق إزالة هذه المخالفة فى حين خوله فى حالة تبوير الأرض وتركها بدون زراعة وقت أسباب المخالفة وإزالتها بالطريق الإدارى .

وحيث أن المدعى قام بإرتكاب أعمال التبوير للأرض الزراعية الموضحة الحدود والمعالم بعريضة دعواه بعمل تشوينات عليها وتركها بدون زراعة رغم توافر مقومات زراعتها ومستلزمات إنتاجها كما قام بالبناء عليها وتحور له محضر مخالفة فإذا أصدرت الجهة الإدارية قرارها المطعون فيه بإزالة أعمال التبوير ووقف أعمال البناء .

فإن قرارها يكون على سببه المبرر له متفقاً وصحيح القانون الأمر الذى ينتفى معه ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ الأمر الذى يتعين معه الحكم برفضه دون ما حاجة لبحث ركن الاستعجال لعدم جدواه .

وحيث أن القرار المطعون فيه قد صدر من مختص بإصداره طبقاً للقانون حيث أن المدعى قد قام بالبناء بدون ترخيص وعلى ضوابط التنظيم وإنه قد صدر ضده محضر مخالفة ثم قرار إيقاف ثم قرار إزالة بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ .

فمن ثم يكون القرار قد صدر صحيحاً مطابق للقانون ويكون النص عليه فى غير محله بما يمتنع معه ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف التنفيذ للقرار المطعون فيه وإلزام المدعى بالمصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيها .

(الدعوى رقم ٤٦٠ لسنة ٤٤ ن)

(٥)

محكمة القضاء الإدارى دائرة الأفراد والمنازعات (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٣/٢/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بإيقاف تنفيذ قرار محافظ الجيزة رقم ١٢٥٦ لسنة ١٩٩٢ بإزالة الأعمال المخالفة للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بالمحل الذى يستأجره . وبالفاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن البادى من ظاهر الأوراق أن المدعى قد قام بالبناء بدون ترخيص بموقع ضائع فى خط التنظيم المعتمد فى العقار الذى يمتلكه وأنه تبعاً لذلك فقد تحرر ضده محضر مخالفة وصدر القرار رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٨ بإزالة الأعمال المخالفة إلا أن المدعى قام باستئناف الأعمال المخالفة وذلك ببناء أعمدة الدور الأرضى فتحرر ضده محضر مخالفة ثم صدر قرار آخر بإزالة تلك الأعمال .

وحيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى مواد الرابعة والخامسة عشر والسادسة عشر أن المشرع قد حظر إقامة مبان أو تعلبيتها أو تعديلها أو غير ذلك من الأعمال بدون الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة وفى حالة المخالفة قضى المشرع بأن تصدر هذه الجهة قراراً بوقف الأعمال المخالفة بالطريق الإدارى وللمحافظ المختص أو من ينوبه بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من القانون سالف الذكر إصدار قرار بالإزالة وأنه لا يجوز التجاوز عن حالات صدورها التى منها حالة مخالفة خطوط التنظيم ومن حيث أنه بانزال ذلك على الحالة المماثلة يتضح من الأوراق أن المدعى قام ببناء بدون ترخيص وبموقع ضائع فى خط التنظيم المعتمد بالبناء بإقامة أساسات خرسانية تم إزالتها بالقرار رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٨ ثم عاد المدعى فى المخالفة فتحرر ضده محضر مخالفة ثم صدر القرار المطعون فيه بإزالة الأدوار المخالفة حتى أعمدة وحوائط الدور الثالث فوق الأرض وقد صدر هذا القرار من مدير مديرية الإسكان بمحافظة القاهرة وذلك بناء على التفويض الصادر إليه من المحافظ .

(٦)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٦/٢

طلب المدعين الحكم بوقف تنفيذ والغاء قرار
محافظ القاهرة رقم ٥ لسنة ١٩٨٩ بهدم العقار
ملكيتهم .

وحيث أن البحث في الاختصاص بنظر الدعوى سابق
على البحث في الشكل والموضوع .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه
قد صدر بناء على الأمر الصادر من لجنة المنشآت
الآيلة للسقوط بحى عابدين .

وحيث أن القرار المطعون فيه قد صدر تطبيقاً
لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير
وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر
وهو يعد من قرارات الهدم فينعقد الإختصاص بالظعن
عليها للمحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار محل
النزاع .

وحيث أن الحكم بعدم الاختصاص غير منهى
للخصومة فى الدعوى .

وعليه فإن المحكمة تقضى بعدم إختصاصها بنظر
الدعوى وفقاً لنص المادة ١٨ من القانون سالف الذكر .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاصها وإحالتها بحالتها
إلى محكمة شمال القاهرة وأبقت الفصل فى
المصروفات .

(الدعوى رقم ٧٧٠١ لسنة ٤٧ ق)

وحيث أن المستفاد من نصوص القانون رقم ١٠٦
لسنة ١٩٧٦ فى مواد الرابعة والخامسة عشر
والسادسة عشر أن المشرع حظر إقامة أو إنشاء أو
تعليق مبان أو أعمال تتعلق بها إلا بعد الحصول على
ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون
التنظيم وأوجب المشرع على تلك الجهة وقف الأعمال
المخالفة تمهيداً لازالتها بقرار من المحافظ المختص
أو فيمن يفوضه فى ذلك .

وحيث أنه لما كان ذلك وكان قد حدثت توسعات
بالمحل الذى يستفله المدعى فى عرض بيع الزهور وأن
هذه التوسعة عبارة عن حجرة مساحتها ٢٣ر٢٥ متراً
مربعاً من الألومنيوم وقد تمثلت هذه الحجرة من الفراغ
المتروك أمام المحل وأن هذا التعديل قد تم بدون
الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة
بشئون التنظيم والتي أوجب المشرع الرجوع إليها عند
إحداث أى تعديل أو أية توسعة فى أعمال المبانى
للحصول على موافقتها على ذلك بعد التحقق من
مطابقة هذه الأعمال لأحكام القانون ومن ثم يكون هذا
القرار بحسب الظاهر من الأوراق على سببه الصحيح
قانوناً .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً ويرفض طلب
وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعى
مصروفات هذا الطلب وأمرت بإحالة الدعوى الى هيئة
مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى
فى طلب الالغاء .

(الدعوى رقم ٥٨١٣ لسنة ٤٢ ق)

(٧)

محكمة القضاء الإداري
دائرة الأفراد والمنازعات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٦/٢

حيث أن المدعى أقام دعويين بغية الحكم له بوقف تنفيذ والغناء لقراري حي الزيتون رقمي ١٢ و١٢٦ لسنة ٩١ .

وحيث أنه عن الدعوى الأولى فإن موضوعها هو الطعن على القرار رقم ١٩٩١/١٢٦ والصادر من حي الزيتون بإزالة الدور السادس بالأرض لتجاوزه الإرتفاع القانوني المسموح به وذلك بالمقار رقم ٩ سابقاً ١١ حالياً شارع محمد ابراهيم عطية وبالتالي فهو قرار لا يمس عقار النزاع (المدعى) .

وحيث أنه يشترط لقبول دعوى الالفاء طبقاً لنص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة يكون للمدعى صفة ومصلحة في الدعوى .

وحيث أن القرار المطعون فيه لا يمس عقار المدعى ولم يوجه إليه شخصياً فمن ثم وجب الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة .

وحيث أنه عن الدعوى الثانية فإن البين من الأوراق أن طالب التدخل قد خصصت لهم الجمعية التعاونية للبناء والإسكان للعاملين بالجهاز المركزي للتنظيم والإدارة القطعة رقم ٢١ و٢٧ و ٩٠ بمنطقة حدائق القبة فمن ثم تكون لهم صفة ومصلحة في التدخل مما يوجب قبول تدخلهم .

ومن حيث أنه لم يثبت علم المدعى بالقرار المطعون فيه في تاريخ سابق على إقامته للدعوى فمن ثم يكون

تاريخ إقامته للدعوى هو تاريخ علمه بالقرار المطعون فيه وبالتالي تكون الدعوى مقامة في الميعاد واذ استوفت أوضاعها الشكلية الأخرى فهي مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البين من ظاهر الأوراق أن المخالفة موضوع قرار الإزالة المطعون عليه هو التعدي على نهر الشارع أملاك الدولة الصامة لوقوعها على غير الطريق العام . وقد تمثل هذا التعدي في بنائه سور من أربعة جهات وأن الجهة الإدارية قد ضبطت الواقعة فحررت له محضر بالمخالفة ثم أصدرت القرار المطعون فيه بإزالة التعديات حيث أنها تحول بين المال العام وبين الإعتداء عليه على الوجه المقرر قانوناً .

وحيث القرار المطعون فيه قد صدر من مختص بإصداره قائماً على أسبابه القانونية فإن النعي عليه يكون في غير محله مما ينتفى معه ركن الجدية في طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

أولاً : بصدق قبول الدعوى رقم ٣٨٢١ لسنة ٤٦ ق لرفعها من غير ذي صفة وإلزام المدعى المصروفات .

ثانياً : بالنسبة للدعوى رقم ٣٤٧٧ لسنة ٤٣ ق بقبول تدخل الخصوم المتدخلين خصراً منضمين للجهة الإدارية وقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه رقم ١٩٩١/١٩ وإلزام المدعى المصروفات وأسرت بحالة هذه الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرائي القانوني .

(الدعوى رقم ٣٤٧٧ و ٣٨٢١ لسنة ٤٦ ق)

(٨)

محكمة القضاء الإداري دائرة الأفراد والهيئات (ب) جلسة الخميس ١٩٩٤/٦/٢

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن الجهة الإدارية قد أصدرت قراراتها المطعون فيها تأسيساً على أن المدعين قد أقاما الأعمال محل الإزالة ويتضح من العقار المشار إليه بدون الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة ومتجاوزاً الإرتفاع المقرر قانوناً .

ولم يرتضى المدعيان هذه القرارات فقاما بالظعن عليها .

وحيث أن مفاد نصوص القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٦ . أن المشرع حظر إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديلها أو تعليلتها أو هدمها أو غير ذلك من الأعمال التي تتصل بالبناء والواردة في المادة الرابعة المشار إليها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وأوجب المشرع أن يتم تنفيذ البناء وفقاً للأصول وطبقاً للمستندات والرسومات والبيانات التي صدر على أساسها الترخيص .

وفي حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال المخالفة ثم تصدر قرارها بإزالة أو تصحيح هذه الأعمال .

وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المدعين خالفاً الشروط التي صدر على أساسها الترخيص وقاما ببناء أدوار أخرى دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وبالمخالفة للإرتفاع المقرر قانوناً فقامت الجهة الإدارية بتحرير محاضر مخالفة وأصدرت قرارات بوقف الأعمال المخالفة ثم قرارات بإزالتها فمن ثم تكون القرارات الإدارية قائمة على أسبابها المبررة لها متفقة وصحيحة حكم القانون وينتفى بذلك ركن الجدية في طلب وقف تنفيذها وينعني الحكم برفضه .

طلب المدعيان الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وفي الموضوع بالقائه واحتياطياً ندب خبير في الدعوى لمعاينة العقار على الطبيعة وبيان أوجه المخالفة من عدمه .

ومن حيث شكل الدعوى فإن المدعيين قررا بصحيفة دعواهما أنهما أبلغا بالقرار المذكور في ١٩٩٣/٦/٢٨ ولم تجعد جهة الإدارة ذلك وأقاما دعواهما بتاريخ ١٩٩٣/٧/٢١ فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت في المواعيد القانونية وإذ استوفت أوضاعها الشكلية فهي مقبولة شكلاً .

وحيث أن مفاد الدعوى هو الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار الإزالة رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٩٢ المتضمن إزالة الدور العاشر فوق الأرض من العقار المذكور .

وحيث أنه عن طلب وقف تنفيذ القرارات المطعون فيها فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه وفقاً للمادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن مناط القضاء بوقف التنفيذ توافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية وذلك بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر من الأوراق على أسباب جدية يرجح معها إلغاء القرار .

وثانيهما : ركن الإستعجال وذلك بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرارات المطعون فيها وألزمت المدعين المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانوني في طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٧٤٧٣ لسنة ٤٧ ق .)

(٩)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٦/٢

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار حي مدينة نصر استناداً إلى إقامتها لاقتة في صدر محل تملكه إلا أنها فوجئت بالحي يزيل هذه اللاقتة ، وفور حدوث ذلك تقدمت بطلب للترخيص لها وقد استوفت جميع الاشتراطات ألا أن بعض الأشخاص أعاقوا الترخيص لها مما دعاها للتظلم للمحافظ الذي أحال هذا التظلم للإدارة القانونية .

وحيث أنه عن طلب وقف التنفيذ فإن إجابة هذا الطلب منوطة طبقاً لحكم المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بتوافر ركنين :

أولهما : ركن الجدية بأن يقوم الطلب على أسباب جدية يرجع معها إلغاء القرار المطعون فيه موضوعاً .

وثانيهما : ركن الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج تتعذر تداركها .

وحيث أن الهادي من ظاهر الأوراق أن المدعية أقامت اللاقتة موضوع قرار الإزالة المطعون فيه دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية ولا صحة لما ادعت من صدور قرار قبل هذا الترخيص ذلك أنها تستند في ذلك إلى تأشيرته ورئيس الحي على مذكرة إدارة الشئون القانونية وبالإطلاع على تلك المذكرة يبين أنها خلصت إلى جواز الترخيص للمدعية في إقامة اللاقتة وأنه لا يمانع من السير في إجراءات الترخيص وفقاً لأحكام القانون .

وقد تأثر على هذه المذكرة من رئيس الحي بعبارة أوافق في ضوء التعليمات ويبدو من ذلك أن غاية ما يترتب على هذه المذكرة والتأشير هو البدء في اتخاذ إجراءات الترخيص وإنها لا تخشى صدور ترخيص فغلاً وبالتالي كان يتعين على المدعية السير في إجراءات الترخيص إذ الطعن على القرار السلبى بالامتناع عن إصداره .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه والزام المدعية المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانوني فيها .

(الطعن رقم ٧٣٣٥ لسنة ٤٧ ق)

(١٠)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات

جلسة الثلاثاء

١٩٩٤/٦/٢٨

إختصاص النقابة العامة للمحامين بالفصل في تشكيل مجالس النقابات الفرعية - وهو في ذات الوقت يخرج عن نطاق إختصاص مجلس الدولة بنظره .

تضمنه من إسقاط عضويته وشطب قيده من النقابة وما يترتب على ذلك من آثار .

وكان المدعى قد أقام دعواه استناداً إلى أنه عضو بنقابة التطبيقيين منذ فترة ليست قصيرة وأنه كان مسدداً لإشتراقات النقابة وقد نسب إليه استقاده للتعليمات الصادرة بشأن المصايف في شأن عدم التجول داخل المصيف والتقص في استعمال المياه العذبة ومراعاة اللياقة داخل المعسكر ومناقشة التعليمات بطريقة مخالفة للروح النقابية ... الخ .

وحيث أنه عن طلب وقف التنفيذ فإن أحكام القضاء الإداري جرت على أنه وفقاً لنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٧ لسنة ٧٢ بشأن مجلس الدولة فإنه يشترط لوقف تنفيذ القرار الإداري توافر ركنين :

أولهما: ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب يرجع معها إلغاء القرار .

وثانيهما: ركن الإستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن البين من نصوص القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهن الفنية التطبيقية أنه لا يجوز محاكمة عضو النقابة تأديبياً أمام المجالس التأديبية المنصوص عليها في القانون سالف الذكر من العاملين بالجهاز الإداري للدولة والقطاع العام والهيئات العامة والوحدات التابعة لها إلا فيما يقع عنه من أعمال بسبب مزاولة المهنة خارج أعمال وظائفهم وأنه لا يجوز لعضو النقابة إتخاذ أية إجراءات قضائية ضد عضو آخر بسبب عمل من أعمال المهنة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مجلس النقابة أو النقيب في حالة الإستعجال فإذا لم يصدر الإذن من أي من الجهتين سالفتي الذكر في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب بالإذن بكتساب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول جاز للمعضو إتخاذ

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار الجمعية العمومية لنقابة المحامين الفرعية بإنتخاب مجلس نقابة فرعي جديد وإعتباره كأن لم يكن التزام محاكم مجلس الدولة بالفصل في الدعاوى المحالة إليها من جهة قضائية أخرى طبقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات ولو كانت تخرج عن الإختصاص الولائي المحدد قانوناً لمحاكم مجلس الدولة إلا أن هذه المحكمة ترى أنه يشترط أن يدور الإختصاص في تلك الجهات القضائية أي أن ينحصر النزاع في الإختصاص فيما بين جهتي القضاء العادي والإداري باعتبارهما فرعين لسلطة قضائية واحدة بما يمكن معه النظر في تغليب المصلحة على قواعد الإختصاص ويجعل التضمين بهذه القواعد أمراً قليل الخطر إذ ما قورن بمقدار النفع والمصلحة في تقريب العدالة للمتقاضين .

إنعقاد الإختصاص لمجلس النقابة العامة - وحده دون غيره - بالنظر في تشكيل مجالس النقابات الفرعية .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاص محاكم مجلس الدولة ولائياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها بحالتها إلى مجلس نقابة المحامين العامة للاختصاص بنظرها .

(الدعوى رقم ٢٩٧٠ لسنة ١ ق طنطا)

(١١)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المجلس الأعلى للنقابة المدعى عليها فيما

وحيث أنه عن شكل الدعوى فإن الأوراق قد خلت مما يفيد تاريخ علم المدعى بالقرارين المطعون فيهما ويصرور أكثر من ستين يوماً على هذا العلم قبل رفع دعواه الماثلة فمن ثم تكون الدعوى قد أقيمت في المواعيد القانونية إذا استوفت أوضاعها الشكلية فهي مقبولة شكلاً .

وحيث أن مفاد نصوص المواد الرابعة والخامسة عشر والسادسة عشر من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيهِ وتنظيم أعمال البناء المعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ أن المشرع حظر إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعديلها أو غير ذلك من أعمال البناء الواردة في هذا الشأن إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفي حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال المخالفة ثم تصدر قرارها بإزالة أو تصحيح هذه الأعمال وذلك وفقاً لنصوص القانون .

وحيث أنه بتطبيق ما تقدم على واقعات الدعوى الماثلة فإن البادي من الأوراق أن المدعى قد قام ببناء المورين الثامن والتاسع فوق الأرض بالعقار المملوك له بدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة وبالمخالفة للقانون السالف بيانه ، فقامت الجهة الإدارية بتحرير محاضر المخالفة بشأن هذه الأعمال .

وقد أصدر نائب المحافظ للمنطقة الشرقية قراره الرقم ٢٥ لسنة ١٩٩٣ بإزالتها بناء على التفويض الصادر له من المحافظ وبعد العرض على اللجنة الثلاثية ومن ثم يكون قرار وقف الإزالة المطعون فيهما قائمين على أسبابهما المبررة لهما متفقين وصحيح حكم القانون الأمر الذي ينتفى معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذها ويتعين الحكم برفضه دون ما حاجة لبحث ركن الاستعجال .

(الدعوى رقم ٦٠٦١ لسنة ٤٧ ق)

هذه الإجراءات دون إنتظار إذن النقابة على أن تسمع أقواله أمام لجنة التحقيق وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المجلس الأعلى للنقابة أصدر قراره المطعون عليه بإسقاط عضوية المدعى وشطب قيده دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً .

وحيث أن القرار المطعون فيه لم يراع الأصول الواجب مراعاتها بشأن المحاكمات التأديبية كما أن مانسبته النقابة للمدعى من مخالفته لنص المادة ٦٤ من القانون سالف الذكر قد ثبت عدم صحتها ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه قد صدر مخالفاً للقانون مما يرجع الغاؤه عند الفصل في طلب الالغاء ويتوافر بذلك ركن الجدية في طلب وقف التنفيذ .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت النقابة المدعى عليها بالمصروفات وأمرت بإحالة الدعوى الى هيئة مفوضي الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانوني في طلب الالغاء .

(الدعوى رقم ١٢٧٩/٤٧ ق)

(١٢)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١١

طلب الحكم بوقف تنفيذ قرار إيقاف رقم ١٦ لسنة ١٩٩٣ وكذلك قرار الإزالة رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٣ الصادر بناء عليه ومع ما يترتب على ذلك من آثار .

(١٣)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعيان الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من فرض مقابل تحسين على عقارهما .

وحيث أن البحث في الاختصاص بنظر الدعوى ساقى على النظر في شكلها وبحث موضوعها .

وحيث أن البين من ظروف الدعوى وملابساتها أنه لا بد وأن تصدر لجنة الفصل في طعون تقدير مقابل التحسين المشكلة طبقاً للمادة الثانية من قانون مقابل التحسين رقم ٢٦٢ لسنة ١٩٥٥ من قرارات قضائية نهائية لا تعتبر من قبل القرارات الإدارية بالمعنى الصحيح لها وبالتالي لا تختص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وألزمت المدعيان المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٠٦٧ لسنة ٤٣ ق)

(١٤)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ٨٥ لسنة ١٩٩٠ الصادر من رئيس هيئة الأوقاف المصرية بإزالة التعدى الواقع منه على الشقة محل النزاع مع ما يترتب على ذلك من آثار وحيث أن المقصود بالتعدى الذى أجازت المادة ٩٧ مدنى قرارات إزالته بطريق التنفيذ المباشر هو العدوان العادى على أموال الدولة الذى يتجرّد من أى أساس قانونى يستند إليه أما إذا تمثّل الأمر فى إدعاء بحق قانونى على مال من أموال الدولة وكان لهذا الإدعاء الظاهر من الأسباب والأسانيد القانونية وبحسب جهة الإدارة هذا الحق فأنكرته فإنها تكون والحال هذه أمام نزاع قانونى بين الإدارة وأصحاب الشأن حول حق من الحقوق .

وحيث أنه لما كان وكان الظاهر من الأوراق أن ورثة المستأجر الأصلي لشقة النزاع تنازل عنها للمدعى الذى تقدم بطلب للهيئة المدعى عليها يلتمس فيه تطبيق المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حالة التنازل من حقه الإنتقال بالوحدة السكنية إلا أن الهيئة رفضت ذلك لأن المدعى لم يقدم تنازلاً موثقاً بالشهر العقارى من المستأجر الأصلي الأمر الذى يبين فيه أن النزاع تحكمه نصوص قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، ومن ثم كان يتعين على الهيئة المدعى عليها الالتجاء إلى القضاء المختص لحسمها ذلك النزاع باستصدار الحكم مقابل

التنفيذ في هذا الشأن مما يجعل القرار المطعون عليه بحسب الظاهر فيه باطلا لمخالفة أحكام القانون .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً - بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الهيئة المدعى عليها المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى فى طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٢٩١ لسنة ٤٧ ق)

(١٥)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرار رقم ٥٣ لسنة ١٩٩٣ الصادر بإزالة الجزء المنقطع من منور العقار المشار إليه وفى الموضوع بالفائته وإلزام المدعى عليه المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وحيث أن مفاد نصوص المواد الرابعة والحادية عشر والخامسة عشر والسادسة عشر من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ والمعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٣ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على أن المشرع قد حظر إنشاء مباني أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو غير ذلك من أعمال البناء

إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفى حالة المخالفة تتخذ الجهة الإدارية إجراءات وقف الأعمال ثم يصدر قرارها بإزالة أو تصحيح الأعمال المخالفة وأوجب المشرع أن يتم تنفيذ البناء أو الأعمال طبقاً للأصول الفنية ووفقاً للبيانات والمستندات التى يصدر على أساسها الترخيص بالبناء .

وحيث أن البادى من الأوراق بحسب الظاهر منها أن الشركة المدعية قد قامت بمخالفة الترخيص الصادر للعقار وبدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة باستقطاع جزء من منور العقار موضوع الدعوى . وضمها إلى مكاتبها وكذلك باستقطاع جزء من الطرقات بالدور الثانى وتشغيل غرفة المصاعد بالمخالفة للقانون المشار إليه ، فقامت الجهة الإدارية بتحرير محضر بالمخالفة السابقة ثم أصدرت قراراً بوقف الأعمال المخالفة ، ومن ثم فإذا ما أصدرت قرارها بإزالة هذه الأعمال فإن قرارها المطعون فيه يكون قائماً على سببه المبرر له متفقاً وصحيح حكم القانون وينتفى بذلك ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذه ويتمتعين الحكم برفضه دون ما حاجة لمبحث ركن الاستعجال لعدم جدواه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً ويرفض طلب وقف التنفيذ للقرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٤٧١ لسنة ٤٧ ق)

(١٦)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعين الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار رئيس مركز مدينة الفيوم رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٢ .

وفي الموضوع بالفاء هذا القرار وبإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

وحيث أن الاستفادة من نصوص المواد الأولى والثانية والثالثة عشر من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٥٦ في شأن إشغال الطرق العامة تقضي بأن المشرع قد حظر بغير ترخيص من السلطة المختصة إشغال الطريق العام في اتجاه أفقى أو رأسى أجاز للسلطة المختصة في حالة المخالفة سلطة إزالة الإشغال بالطريق الإداري .

وحيث أن البادى من الأوراق أن ورثة المرحوم فهمى خليل أقاموا الدعوى رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٩٣ مدنى كلى الفيوم بطلب الحكم بإثبات ملكيتهم بحصة شائعة قدرها الثلثين من كامل الميراث الفاصلة بين العمارات الأربعة المقامة على قطعة الأرض المشتراة بالعقد المسجل بقرم ١٩٨٩ فصدر حكم تمهيدى بندب مكتب خبراء وزارة العدل لبيان مساحتها والمالك لها .

وقد انتهى الخبر إلى أن الميراث مملوكة جميعها على الشيوع لورثة المدعى وأن العمر الذى يفصل بين العمارتين بعرض الشارع وقد تنازل المدعى عليه الثالث للمنفعة العامة عند استصداره ترخيص البناء رقم ١٢٦ لسنة ٨٤ لإقامة العمارة الرابعة المستحدثة .

وإذا كان ذلك وكان القرار الصادر بإزالة القرار المطعون فيه غير مقام بالممر محل التنازل الصادر من المدعى عليه الثالث وإنما أقيم بالممر الفاصل بين عمارة الإصلاح الزراعى وبين العمارة الرابعة المستحدثة الأمر الذى أقر به الخصم المتدخل صراحة .

وحيث أنه ترتيباً على ما تقدم يكون ركن الجدية قد توافر فى طلب وقف التنفيذ فى القرار المطعون فيه أما عن ركن الإستعجال فهو متوافر أيضاً بالنظر إلى طبيعة الدعوى من يتعين معه الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية والخصم المتدخل المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٢٣٦ لسنة ٤٧ ق)

(١٧)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/١٨

طلب المدعون الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار المنفعة العامة رقم ٢١٤ لسنة ١٩٨٦ الصادر من وزير التعمير والمجتمعات الجديدة مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن البين من مطالعة القرار المطعون فيه يبين أنه صدر بشأن تقرير المنفعة العامة لمشروع الطريق الدائرى حول القاهرة الكبرى .

ولما كان طلب المدعين إلغاء قرار المنفعة العامة المطعون فيه تنطوى عليه طلب السقوط وما إقترب به وقف التنفيذ مع ما يترتب على ذلك من آثار ، ويستهدف المدعون من ورائها تقرير سقوط القرار المقرر للمنفعة العامة لعدم إنتقال الملكية بإيداع

(١٨)

محكمة القضاء الإداري
دائرة منازعات الأفراد (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعين يهدفون إلى طلب الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء القرار المطعون فيه والصادر من محافظ الجيزة والمتضمن إلغاء قرار المحافظ بتعديل الشارع التخطيطي الصادر بالقرار رقم ٤٠١ لسنة ١٩٨٢ واستمرار العمل بالقرار الأخير مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن الظاهر من الأوراق صدور قرار محافظ الجيزة باعتماد ضوابط التنظيم لبعض الشوارع بمنطقة الهرم وأنه نظراً لمرور شارع تخطيطي بأرض المدعى طبقاً لهذا القرار فقد تقدم بطلب لترحيل الشارع إلى منتصف الأراضي ثم صدر قرار المحافظ بتعديل خط التنظيم للشارع التخطيطي بمرور ٢٠ م .

وحيث أن حسم النزاع بين المدعين والجهة الإدارية في الدعوى الماثلة على ضوء المستندات المقدمة من طرفي الخصومة تتطلب الإحالة إلى خبير متخصص بالإنتقال إلى الأرض موضوع المنازعة ومعاينتها على الطبيعة وبيان ما إذا كان موقع الشارع التخطيطي الصادر به كل من القرار رقم ١٩٨٢/٤٠١ والقرار رقم ١٩٩٢/٢١٢٥ يدخل في ملكية المدعى الخامس أو في ملكية مواطنين آخرين وذلك من واقع الضرائط المساحية والتأكد من مساحة الأرض التي يمتلكها المدعى الخامس وذلك من واقع ما يقدم إليه من مستندات .

نماذج على الطلب أو قرار نزعها لعدم تنفيذ المشروع خلال سنتين من تاريخ نشره بالوقائع المصرية ويجوز لصاحب الشأن التمسك به دون تقييد بمواعيد دعوى الإلغاء .

وحيث أن مؤدى تقرير المنفعة العامة إنما يشكل ركن السبب في القرار الوزاري بنزع الملكية للمنفعة العامة وكان من شأن عدم الإبداء وعدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ المشروع المطلوب نزع ملكية العقارات من أجله أو الهدء في تنفيذه سقوط قرار تقرير المنفعة العامة ، كما أن الشرع استثنى دخول العقارات المطلوب نزع ملكيتها في مشروعات تم تنفيذها أو على الأقل بدعوى تنفيذها .

وحيث أنه لما كان ما سبق وكان الظاهر بحسب الأوراق المرفقة أن القرار المطعون فيه قد تم نشره بالوقائع المصرية بالعدد رقم ٢٤٤ في ١٩٨٦/١٠/٢٩ ومن ثم فإن مدة الستين يوماً المقررة لسقوطه تبدأ من هذا التاريخ وتنتهي في ١٩٨٨/١٠/٢٨ في ظل العمل بأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وإذا كان ذلك وكان البادي من ظاهر الأوراق ومن المذكرة الإيضاحية المرافقة له أن الشركات المكلفة قد بدأت تنفيذ مشروع الطريق الدائري حول القاهرة الكبرى في المواقع المملوكة للدولة وذلك قبل صدور قرار المنفعة العامة .

وحيث أنه وقد انتفى ركن الجدية في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإنه يتعين القضاء برفضه دون حاجة ليبحث ركن الإستعجال لعدم جدواه .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعين بالمصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة .

(الدعوى رقم ٢٠٩٧ لسنة ٤٨ ق)

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة تمهيداً بإحالة الدعوى إلى مكتب خبراء وزارة العدل بالجيزة ليندب أحد خبرائه المختصين لتأدية المأمورية المبينة بهذا الحكم وصرحت له فى سبيل ذلك بالانتقال إلى أية جهة يرى ضرورة الانتقال إليها والإطلاع على الأوراق التى يرى ضرورة الإطلاع عليها .

(الدعوى رقم ٤٨٩٧ لسنة ٤٨ ق)

(١٩)

محكمة القضاء الإدارى دائرة المنازعات والأفراد (ب) جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن حقيقة طلبات المدعى بحسب الثابت من الأوراق هى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المدعى عليه الأول بتاريخ ١٩٩٤/٤/٥ فيما تضمنه من تصعيد الدكتور محمد محمد شوقى بركات لعضوية مجلس النقابة الفرعية بالغربية حتى مارس ١٩٩٦ بدلا من الدكتور عبد الفتاح مرزوق وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام المدعى عليها بالمصروفات .

وحيث أنه عن الدفع المبندى من النقابة المدعى عليها البطلان إعادة إعلاتها فالبين من مراجعة الإعلان أنه تم إعلان النقابة فى مواجهة النيابة العامة لامتناع الموظف المختص عن إستلام الإعلان وذلك على نحو ما تم بالنسبة لإعلان صحيفة الدعوى عندما امتنع عن إستلام صورة منها وتم إعلان النقابة فى مواجهة النيابة العامة ومن ثم يكون إعلان صحيفة الدعوى وإعادة

إعلان النقابة المدعى عليها قد تم وفق صحيح القانون ويتعين رفض هذا الدفع لعدم قيامه على أساس صحيح من القانون .

وحيث أنه عند طلب وقف التنفيذ فإن أحكام القضاء الإدارى قد جرت على أنه وفقاً لنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة فإنه يشترط الوقف تنفيذ القرار الإدارى ترافر ركنين أولهما ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب يرجح معها إلغاء القرار وثانيهما ركن الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

وحيث أن المشرع قد حدد كيفية تشكيل مجلس النقابة العامة وكذا مجالس النقابات الفرعية وبين كيفية شغل مركز النقيب أو عضو مجلس النقابة العامة . حالة خلو منصب أيهما ، الأمر الذى يستفاد منه أنه أراد أن يوضح ماتنص عليه المادة ٣٢ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦١ بشأن نقابة أطباء الأسنان .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الدكتور عبد الفتاح مرزوق كان قد فاز بالتركية لعضوية مجلس النقابة الفرعية بالغربية بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٢ قدم استقالته من عضوية مجلس النقابة وقد قبلت النقابة استقالته ومن ثم فإنه إعمالاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦١ سالف الذكر كان يتعين على المدعى عليها الإعلان عن فتح باب الترشيح بالنقابة الفرعية بالغربية لشغل المركز الذى خلا بإستقالة الدكتور عبد الفتاح مرزوق وليس شغله بتصعيد الدكتور محمد محمد شوقى بركات حسبما فعلت ذلك النقابة العامة بإصدارها القرار المطعون فيه الأمر الذى بنى عليه أن يصح القرار المطعون فيه والحالة هذه قد صدر مخالفاً للقانون مرجحاً الغاؤه عند الفصل فى طلب الإلغاء ويتوافر بذلك ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع وعلان إعلان صحيفة الدعوى وإعادة إعلاتها ويقبول الدعوى ويوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٥١٢٥ لسنة ٤٨ ق)

(٢٠)

محكمة القضاء الإداري دائرة الأفراد والمنازعات (ب)

جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعى يطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من إتحاد الصناعات المصرية فيما تضمنه من إعلان فوز المدعى عليه الثالث بعضوية مجلس إدارة غرفة الصناعات الهندسية في الانتخابات التي أجريت في ١٩٩٣/٥/٢٧ وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من إتحاد الصناعات المصرية بعلان صحيفة الادخال التي تقدم بها المدعى والمعلنة للاتحاد في ١٩٩٤/٧/٥ فإنه بالرجوع إلى هذه الصحيفة تبين أنها قد انطرت على مضمون الطلبات الواردة بصحيفة الدعوى وأنها قد سلمت إلى إتحاد الصناعات المصرية في مقره القانوني ، وقد اعترف المدعى نفسه من خلال المذكرة التي تقدم بها بأن صحيفة الادخال قد أعلنت للاتحاد في مقره القانوني وأبدى دفاعه الموضوعي في الدعوى فمن ثم تكون الغاية من الإجراء قد تحققت ولا ينال من ذلك الإضافية (كلمة الهندسية) إلى رئيس إتحاد الصناعات لأنها وردت على سبيل التزيد مما يتعين

معه رفض الدفع بعلان صحيفة إدخال رئيس إتحاد غرف الصناعات لقيامه على غير أساس من القانون .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الأول فإنه لما كان القرار المطعون فيه صادراً من إتحاد الصناعات المصرية ولإعلاله للمدعى عليه الأول بهذا القرار فمن ثم تكون الدعوى مرفوعة على غير ذي صفة بالنسبة له ويتمين القضاء بإخراجه منها بغير مصروفات .

وحيث أنه عن الدفع المبدى من إتحاد الصناعات بعدم قبول الدعوى لرقعها بعد الميعاد فالشأن أن المدعى قرر في صحيفة دعواه أن الانتخابات أجريت في ١٩٩٣/٥/٢٧ ولم ينكر ذلك ممثل الإتحاد في مذكرة دفاعه وأن المدعى أقام دعواه في ١٩٩٣/٧/٢٥ فيكون قد رفضت في ميعاد الستين يوماً المنصوص عليها في المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة وإذا استوفت الإجراءات والأشكال المقررة في القانون فتكون مقبولة شكلاً .

وحيث أنه عن ركن الجدية فإن المادة ٢٨ من القانون رقم ١٩٥٨/٢٢ بشأن تنظيم الصناعة وتشجيعها في الإقليم المصري تنص على أن تشكل الهيئات الآتية بقرار من رئيس الجمهورية :

- ١- الغرف الصناعية .
- ٢- المجالس الأقلية للصناعة .
- ٣- إتحاد الصناعات ويكون لهذه الهيئات الشخصية الاعتبارية وتعتبر من المؤسسات العامة .

وحيث أن المشرع إعتبر الغرف الصناعية وكذا إتحاد الصناعات من الأشخاص الاعتبارية العامة ونظم القرار الجمهوري رقم ١٩٥٨/٤٥٣ . الإجراءات الواجب إتباعها لإنتخاب أعضاء مجالس إدارة هذه الغرف .

وحيث أنه من المقرر أن تكيف الدعوى إنما هو من تعريف المحكمة إذ عليها بحالها من هيمنة على تكيف الخصوم لطلباتهم أن تقضى هذه الطلبات وأن تستظهر مراميها وما قصد من إبدائها وأن تعطى الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح على هدى ماتستظهر من واقع الحال فيها وملاساتها وذلك دون أن تنقيد فى هذا الصدد بتكيف الخصوم لها وانما يحكم القانون فحسب .

ومن حيث أن قرار رئيس المجلس الأعلى للشباب والرياضة رقم ٢ لسنة ١٩٩٤ لا يحدو من التكيف القانوني السليم أن يكون قراراً كاشفاً عن إرادة الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى التى عبرت عنها فى انتخابات مجلس الإدارة التى أجريت بتاريخ ١٠/١٢/١٩٩٣ وهو ما أقر به المجلس الأعلى للشباب والرياضة حسيما هو ثابت بالمستند المودع صورته بحافظة مستندات المدعى وبذلك لا تتوافر للقرار المطعون فيه مقومات وخصائص القرار الإدارى إذ لابد لتعطى وصف القرار الإدارى أن تتجسه فيه الإدارة أثناء قيامها بوظائفها الإنصاح عن إرادتها الذاتية بحالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح فى الشكل الذى يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانونى معين وكان ذلك متفقاً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .

ومن ثم فإن هذا الوصف لا يتوافر للقرار سالف الذكر بالإضافة إلى أن المشرع فى قانون الهيئات الخاضعة للشباب والرياضة لم يخول الجهة الإدارية أى اختصاص بشأن إعلان أو اعتماد نتيجة انتخابات مجالس إدارة الأندية الرياضية الخاضعة لأحكام هذا القانون . ومن ناحية أخرى فإنه لا محل للمقول بأن الخصومة فى الدعوى المائلة تصب على القرار السلبي بامتناع الجهة الادارية عن ممارسة دورها فى الاشراف

وحيث أن البين من ظاهر الأوراق أن المدعى نصب إلى القرار المطعون فيه عدة مطاعن وقد جاءت كلها مرسله ولم يقيم المدعى الدليل على صحتها كما أن ممثل الإتحاد المدعى عليه نفى صحتها ومن ثم فإن هذه المطاعن لا تصلح سببا لإلغاء القرار المطعون فيه عند الفصل فى طلب الإلغاء . ويتخلف بذلك ركن الجدية فى طلب وقف التنفيذ .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة أولاً : - بإخراج المدعى عليه الأول من الدعوى بغير مصروفات . ثانياً بقبول الدعوى شكلاً بالنسبة لباقي المدعى عليهم ويرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضى الدولة لتحضيرها وإعداد تقرير بالرأى القانونى وطلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٧٣٥٦ لسنة ٤٧ ق)

(٢١)

محكمة القضاء الإدارى دائرة الافراد والمنازعات (ب) جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعى يستهدف بدعواه الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار رئيس المجلس الأعلى للشباب والرياضة رقم ٢ لسنة ١٩٩٤ الصادر بإعتماد تشكيل مجلس إدارة نادى الشمس الرياضى وفى الموضوع بإلغاء هذا القرار مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(٢٢)

محكمة القضاء الإداري
دائرة الأفراد والهيئات (ب)
جلسة الخميس
١٩٩٤/٨/٢٥

حيث أن المدعية أقامت هذه الدعوى إبتغاء إلغاء القرار الصادر من مجلس المراجعة بتحديد القيمة الإيجارية لشقة المدعية بـ ٢٥٠ جنيه شهرياً وروط الضريبة عليها على أساس تلك القيمة .

وحيث أنه عن موضوع الدعوى فإن نص المادة ١١ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر تنص على أنه فيما عدا المباني من المستوى الفاخر يسرى إعتباراً من أول يناير الثاني لتاريخ العمل به بهذا القانون مالكوها وشاغلوها لتلك المباني المزمرة لأغراض السكنى التي أنشئت أو تنشأ إعتباراً من ٩ سبتمبر سنة ١٩٧٧ من جميع الضرائب العقارية الأصلية ... الخ .

وحيث أن الثابت من مطالعة ترخيص العقار والذي تقع به الشقة محل النزاع أنه تقرر على أساس أن المباني من المستوى فوق المتوسط ولم تقدم الجهة الإدارية ما يثبت أن التنفيذ على خلاف الواقع وعلى خلاف ما جاء بالترخيص على أساس المستوى الفاخر وإذا كان ذلك فمن ثم يكون السبب الذي بنى عليه القرار غير مستخلص إستخلاصاً سائفاً من الأوراق مما يجعل النعى عليه في محله .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الدعوى رقم ٤٤٠١ / ٤٨ ق ١) .

والرقابة على قرار الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى بإعلان نتيجة الانتخابات للتحقق من مدى مطابقتها للقانون . ذلك أن المدعى لم يشر إلى شيء من ذلك فى عريضة دعواه أو فى طلباته فيها كما لم يثبت تقدمه بتظلم الى الجهة الإدارية حتى يمكن القول بأنه أقام دعواه بغية الطعن على قرارها السلبى بالامتناع عن إعلان بطلان نتيجة الانتخابات بعد أن دعا الى التدخل بتقديم التظلم ، وتبعاً لذلك فإن الدعوى لا تكون قد انصبت على قرار إدارى إيجابى أو سلبى .

وحيث أنه لما كانت الدعوى الماثلة تنصب على قرار الجمعية العمومية لنادى الشمس الرياضى بإعلان نتيجة انتخابات مجلس الإدارة التى تمت بتاريخ ١٠/١٢/١٩٩٢ فمن ثم يتعدى الاختصاص بنظرها إلى جهة القضاء العادى بإعتبارها الجهة القضائية ذات الولاية العامة فى غير المنازعات الإدارية طبقاً لنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ مما يتعين معه الحكم بعدم إختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها بحالتها إلى محكمة شمال القاهرة للاختصاص مع إبقاء الفصل فى المصروفات ريثما يصدر حكم منه للمخسومة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم إختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها بحالتها إلى محكمة شمال القاهرة الإبتدائية للاختصاص بنظرها .

(الدعوى رقم ٢٠٢٢ لسنة ٤٨ ق ١) .

(٢٣)

محكمة القضاء الإداري دائرة الأفراد والمنازعات (ب)

جلسة الخميس

١٩٩٤/٨/٢٥

وحيث أن المدعى يهدف من وراء دعواه إلى التماس إعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى الرئيسية ١٣٩٠ لسنة ٣٩ ق . بجلسة ١٩٨٨/٦/٩ .

وحيث أن صحيفة الدعوى قد انطوت على طلب الحكم بقبول الإلتماس شكلاً وفي الموضوع برفض الدعوى المذكورة على سند من القول أن الدعوى سالفه الذكر قد أقيمت ابتغاء الحكم بوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار وزير الترمين رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٨٤ بالاستيلاء على المخزن المملوك له ، وقد قضت المحكمة سالفه الذكر بإلغاء القرار المطعون فيه .

وحيث أن المدعى ينعى على الحكم سالف الذكر أنه لم يختصم فيه وإن الخصومة قد اقتضرت فيه على السيد وزير الترمين فقط .

وحيث أن المستفاد من نص المادة ٢٤١ مرافعات أن المشرع إعتبرها طريق طعن غير عادي للأحكام الإنتهائية ومنها الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من المادة سالفه الذكر ومقتضاها أنه يجوز لمن صدر عليه حكم غير ممثلاً في الخصومة ، وإن لم يكن خصماً ظاهراً فيها ويشترط لقبول الإلتماس في هذه الحالة أن يثبت من كان يمثل الحالة توافر إهمال جسيم أو التواطؤ .

وحيث أن أوراق الدعوى قد خلت مما يفيد ثبوت تواطؤ أو ذلك الإهمال ومن ثم يتعين الحكم بعد جواز نظر الإلتماس وألزمت المتتمس المصروفات .
(الدعوى رقم ٢٤٤٥ لسنة ٤٤ ق) .

(٢٤)

محكمة القضاء الإداري دائرة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الأحد

١٩٩٥/١/١

إذا كان المدعى يطلب الحكم بالزام المدعى عليهما متضامتين بأن يؤديا له مبلغ ٦١٥٧٠٠ رجبها والفوائد القانونية بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

وحيث أن الثابت بالأوراق أن المدعى عليه الأول قد تقدم بطلبه للالتحاق بالمعهد الفنى للقوات المسلحة وأقر فيه بأن يكون خاضعاً طوال مدة الدراسة للقوانين واللوائح النافذة والمعمول بها وقد حرر المدعى عليه الثاني بصفة والد المدعى عليه الأول تعهداً بذلك وقيامه بدفع التكاليف الفعلية والاعتبارية التي تكلفها المدعى عليه الأول وذلك في حالة فصله من المعهد لأي سبب كان ، بالإضافة إلى إقراره أيضاً في ذات التعهد بحق مجلس المعهد بفصل المدعى عليه الأول إذا قرر المجلس عدم الصلاحية للحياة العسكرية .

وحيث أنه بعد إنتظام المدعى عليه الأول بالمعهد فقد تغيب عن الدراسة مدة تجاوزت إحدى وعشرون يوماً وهي مدة الغياب القانونية فقرر مجلس إدارة المعهد فصله من المعهد وإلزامه بتكاليف التدريب والإعاشة .

ومن المسلم به أن قرارات مجلس التأديب هي في حقيقتها قرارات قضائية أشبه ماتكون بالأحكام ويسرى عليها مايسرى على الأحكام الصادرة من المحاكم التأديبية ومتى كان ذلك كذلك فإنه متى كان المدعى في المطالبة بالتعويض عن القرار الصادر بفصله من الخدمة ، فإنه لا يدخل ضمن القرارات الإدارية التي تسأل عنها الإدارة حتى ثبت عدم مشروعيتها وبالتالي ينهار الركن الأساسي من أركان مسئولية الجهة الإدارية ومن ثم يتعين الحكم برفض الدعوى وإلزام المدعى بالمصروفات .

(الدعوى رقم ٥٦٢٤ لسنة ٤٤ ق)

(٢٦)

محكمة القضاء الإداري دائرة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الأحد ١٩٩٥/١/١

حيث أن المدعى يطلب الحكم بإلزام المدعى عليهما بصفتهم متضامنين بأن يؤديا له التعويض المناسب عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء قرار إعتقاله ، وأنه ظل رهينة الحبس حتى قضى مدة العقوبة كاملة في القضية التي حكم عليها بشأنها .

وحيث أن ماينعاه المدعى على ذلك القرار والذي يعد قراراً إدارياً يختص القضاء الإداري وحده بالفصل في طلب التعويض عنه مما يتعين معه الحكم بعدم سقوط الحق المطالب به بالتقادم .

وحيث أنه من المقرر أن مناط مسئولية الجهة الإدارية من قراراتها الإدارية هي توافر أركان المسئولية الإدارية ألا وهي الخطأ وبأن يكون القرار الإداري غير مشروع وأن يحيق بصاحب الشأن ضرر وأن تتوافر رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر .

وحيث أنه لما كان المبلغ المطالب به معلوم المقدار حال الأداء قد تأخر الوفاء به للمدعى بصفته فإنه تسرى عليه فائدة قانونية بواقع ٤ ٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلزام المدعى عليهما متضامنين بأن يؤديا للمدعى بصفته مبلغاً مقداره ٦٦٥٢٠٠ جنيهها والفوائد القانونية لهذا المبلغ بواقع ٤ ٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية الحاصلة في ٢٦/١١/١٩٩٠ وحتى تمام السداد .

(الدعوى رقم ١٢١٢ لسنة ٤٥ ق)

(٢٥)

محكمة القضاء الإداري دائرة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الأحد ١٩٩٥/١/١

طلب المدعى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلزام الجهة الإدارية المدعى عليها بأن تؤدي له مبلغ عشرة آلاف جنيه قيمة التعويض الجابر للضرر المادي والأدبي . والتي لحقت به من جراء قرار مجلس التأديب الصادر بفصله من الخدمة .

وحيث أنه من المقرر أن مناط مسئولية الجهة الإدارية تنصب أساساً على ما يصدر منها من قرارات إدارية غير مشروعة وعلى ذلك يتعين لتحقيق مسئولية الجهة الإدارية من قراراتها توافر القرار الإداري غير المشروع وبالتالي يتعين للقول بمسئولية الجهة الإدارية وجود قرار إداري صادر عنها ، ومن ثم فإنه لا تسأل عن الأعمال أو القرارات القضائية .

وحيث أنه يبين أن المشرع قد ألزم خريجي كلية الشرطة وكلية الضباط المتخصصين بالعمل بخدمة هيئة الشرطة بعد التخرج مدة لا تقل عن عشر سنوات أوجب عليه في حالة إخلاله بهذا الإلتزام رد ضعف نفقات الدراسة التي تكبدتها الأكاديمية .

ومفاد ماتقدم قيام إلتزام أصلى يقوم على عاتق خريجي كلية الشرطة خدمة هذه الهيئة لمدة لا تقل عن عشر سنوات بعد التخرج والقيام بدليل محله أداء ضعف ماتكبدته الأكاديمية من نفقات طيلة مدة الدراسة ويحل الإلتزام البديل فور الإخلال بالإلتزام الأصل .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعى بصفته مبلغاً مقداره ٧٧٢٤ جنيهاً والفوائد القانونية المقررة بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد .

(الدعوى رقم ٢٢٠٤ لسنة ٤٤ ق)

(٢٨)

محكمة القضاء الإدارى دائرة العقود والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليهم بصفاتهم متضامين بأن يؤدوا له مبلغ مائة وخمسين ألف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به من جراء تصرف المدعى عليهم .

وحيث ترتب على قرار اعتقال المدعى من المدة ١٩٥١/٧/٢٥ حتى ١٩٦٤/٤/٤ إصابته بأضرار مادية عملت على حرمانه من مصدر الكسب والتعایش طوال مدة إعتقاله وإصابته بأضرار أدبية تمثلت فى حرمانه وإمتحان كرامته وتعرضه للتعذيب والهوان .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلزام المدعى عليها بصفتيهما متضامين بأن يؤدبا للمدعى مبلغاً مقداره عشرون ألف جنيهها والمصروفات .

(الدعوى رقم ٧٤٨٠ لسنة ٤٤ ق)

(٢٧)

محكمة القضاء الإدارى دائرة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الأحد

١٩٩٥/١/١

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بسداد مبلغ وقدره ٧٧٢٤ جنيهها والفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية والمصروفات شاملة أتعاب المحاماة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن المدعى عليه قد التحق بكلية الشرطة بعد أن وقع تعهداً بالتزامه بخدمة وزارة الداخلية لمدة عشر سنوات على الأقل بعد تخرجه والإلتزام بدفع كافة النفقات عن المدة التى قضاها بالأكاديمية وبعد تخرجه انقطع عن العمل ثم أصدر السيد وزير الداخلية قراراً بإنهاء خدمته إعتباراً من تاريخ إنقطاعه عن العمل بغير إذن باعتباره مقدماً إستقالته .

قائما على سند من القانون متعينا بقبوله ولا يغير من ذلك أن المدعى أقام الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٣٤ ق أمام المحكمة الإدارية لوزارة المالية والتي قضى فيها بتاريخ ١٩٨٠/٣/٢٣ بإلغاء القرارين المشار إليهما ذلك أن من شأن هذا القضاء أن يحو أثر الصحفية فتزول بالتالي أثر رفع الدعوى في قطع التقادم ويستمر التقادم ويعتبر التقادم الذي كان قد بدأ قبل رفع الدعوى مازال ساريا لم ينقطع .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

أولاً : برفض الدفع بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وإختصاصها .

ثانياً : بعدم قبول الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الثالث لرفعها على غير ذي صفة .

ثالثاً : بسقوط حق المدعى في المطالبة بالتعويض بالتقادم وألزمته المصروفات .

(الدعوى رقم ٧٢٥٧ لسنة ٤٥ ق)

(٢٩)

محكمة القضاء الإداري

دائرة العقود الادارية والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بصفته بأن يدفع له تعويضاً قدره مليون جنيه والفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد والفوائد القانونية بواقع ٤ ٪ .

وحيث أنه من المقرر بقضاء المحكمة الإدارية العليا أن مسئولية الجهة الإدارية عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون إنما تنصب الى المصدر الخامس من مصادر الالتزام المنصوص عليها في القانون المدني وهو القانون بحسبان أن تلك القرارات من التصرفات القانونية وليست واقعات مادية وعلى ذلك تخضع تلك المسئولية للفصل العام المقرر في المادة ٣٧٤ من القانون المدني فتسقط دعوى التعويض عنها بمضى خمسة عشر سنة .

وحيث أنه من المقرر أن المطالبة القضائية التي تقطع التقادم هي المطالبة الصريحة الجازمة أمام القضاء بالحق المراد إقتضاؤه وأن قطع التقادم لا يتناول إلا الحق الذي اتخذ بشأنه الإجراء القاطع للتقادم وما التحق به من توابع مما يجب موجود به ويسقط بسقوطه وأنه في مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدني فإن دفع الدعوى للمطالبة بأصل الحق يكفى لقطع التقادم حتى ولو دفعت إلى محكمة غير مختصة ولائياً أو نوعياً أو تمييزاً ويظل التقادم منقطعاً طوال نظر الدعوى فإذا قضى بعدم الإختصاص دون الإحالة إلى محكمة أخرى يسرى تقادم جديد يبدأ من صيرورة الحكم نهائياً أما إذا قضى برفض الدعوى أو بعدم قبولها أو بترك الخصومة فيها أو بأية صورة من صور القضاء فيستمر وكان لم ينقطع التقادم الذي كان قد بدأ قبل رفع الدعوى .

وحيث أنه ترتيباً على ماتقدم فالثابت أن المدعى علم بقراري انهاء خدمته وفصله بغير الطريق التأديبي بتاريخ ١٩٧٧/٨/١ ولم يقم دعواه السائلة بطلب التعويض عنها إلا بتاريخ ١٩٩١/٨/٨ أى بعد أكثر من خمسة عشر عاماً ومن ثم تكون هذه الدعوى قد أقيمت بعد أن سقط الحق في المطالبة بالتعويض ويغдо الدفع المبدى من الجهة الإدارية في هذا الشأن

ومن حيث أنه ترتيباً على ماتقدم فإنه يتعين قبول الدفع المبني من الحاضر عن الجهة الإدارية والحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وألزم المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٦٢٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(٣٠)

محكمة القضاء الإداري دائرة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الأحد

١٩٩٥/١/٢٢

طلب المدعى الحكم بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي له بصفته مبلغ وقدره ٤٠١١٦ جنيها .

وحيث أن البحث من اختصاص المحكمة من المسائل الأولية التي يجب عادة التصدي بها من تلقاء نفسها وإن لم يتمسك الخصم به وذلك قبل البحث في شكل الدعوى نظراً لتعلق قواعد الاختصاص أمام محاكم مجلس الدولة بالنظام العام .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن المدعى كان يشغل وظيفة معيد بقسم هندسة النظم والحاسبات بكلية الهندسة التابعة لجامعة الأزهر وهذه الوظيفة تعادل الدرجة الثالثة بالكادر العام ومن ثم فإن الاختصاص بنظر الدعوى الماثلة يكون معقوداً للمحكمة الإدارية المختصة مما يتعين معه الحكم بعدم إختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الإدارية لوزارات الصحة والأوقاف وشئون الأزهر بالقاهرة المختصة نوعياً ومحلياً وذلك عملاً بحكم المادة ١١٠ مرافعات .

وحيث أن الحكم بعدم الاختصاص غير منه للخصومة ومن ثم يتعين إبقاء الفصل في المصروفات .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة فإن الثابت من الأوراق أنه سبق للمدعى أن أقام دعوى أمام القضاء الإداري طالباً الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزارة الداخلية بمنع والده من دخول البلاد ، كما أقام والد المدعى دعوى أخرى بذات الطلبات ، وقضت المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

وحيث أنه مفاد ما تقدم أن القرار المطعون فيه والذي تم إلغاؤه إنما كان بأبعاد والد المدعى فقط وإذا كانت المحكمة قد فصلت في الدعوى التي أقامها المدعى فالثابت من حيثيات الحكم الصادر في تلك الدعوى أن قبول المحكمة لها كان نزولاً على الطبيعة الخاصة بدعوى الإلغاء والتي تندمج فيها الصفة في المصلحة لتوافر الصفة في المصلحة وتوافر السند لها فإذا كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة أو أدبية في طلب إلغاء القرارات الإدارية سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه .

وحيث أن طلبات المدعى في الدعوى الماثلة تدخل في نطاق الدعاوى المستوفية التي لا تتلزم فيها المصلحة والصفة ومتى كان ذلك وكان القرار الصادر بإبعاده ووالده قد خضع والده شخصياً فمن ثم يكون هو صاحب الصفة في المطالبة بالتعويض مما قد يكون أصابه من أضرار مادية وأدبية .

والثابت أن أساس مسئولية الإدارة التعويض عن القرار الإداري غير المشروع ومتى كان الأمر كذلك فإن الدعوى تكون مقامة من غير ذي صفة ولا وجه لما أشاره المدعى من أن صفته قد ثبتت له بالحكم الصادر في الدعوى التي حصل عليها من القضاء الإداري إذ أن الثابت أن إثبات هذه الصفة تقتصر على النطاق الذي صدر الحكم فيه .

هذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وأمرت بإحالتها بحالتها الى المحكمة الإدارية لوزارات الصحة والأوقاف وشؤون الأزهر .

(الدعوى رقم ٤١٣٣ لسنة ٤٥ ق)

(٣١)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة المنازعات والافراد والهيئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعون وقف تنفيذ القرار الصادر من إدارة جامعة عين شمس باستبعادهم من الإقامة بالمدينة الجامعية العام الدراى ١٩٩٥/٩٤ .

وفي الموضوع إلغاء القرار الذى أصدره مجلس المدينة الجامعية الصادر باستبعادهم من الإقامة بالمدينة الجامعية مع ما يترتب على ذلك من آثار .

ومن المقرر أن وقف تنفيذ القرار الإدارى يتطلب توافر ركنين :

(أولهما) : ركن الجدية بأن يكون القرار بحسب الظاهر من الأوراق مرجح الإلغاء

وثانيهما : ركن الاستعجال بأن يترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها .

عدم منازعة المدينة الجامعية عن تسكين المدعون بها أمر يجعل القرار الصادر منها قائم على أساس غير صحيح من القانون ، كما أن القول بأن عدم تسكينهم أمر راجع إلى أعمال التجديدات في المبنى المزمع تسكينهم به لا يصلح سبباً لحرمانهم من الإقامة بها

أسوة بباقى زملائهم المستجدين معهم فى المراكز القانونية والذين يتم تسكينهم فى أماكن أخرى بالمدينة ، كما أنهم أصبحوا أيضاً بأشهرار بالغة متشكلة فى عدم الاستقرار الانتظام فى المذاكرة وبذلك يتوافر ركن الاستعجال ويكون طلب وقف التنفيذ قائماً على أساس من من صحيح القانون متعيناً القضاء به .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف التنفيذ وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ١٨٥ لسنة ٤٩ ق)

(٣٢)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة المنازعات والافراد والهيئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبى بامتناع الجامعة عن إحتساب تقديره العام فى درجة بكالوريوس التجارة على أساس مجموع درجاته فى السنة النهائية مع ما يترتب على ذلك من آثار .

عدم علم المدعى بتقدير درجة البكالوريوس على أساس المجموع الكلى للدرجات لم يتحقق إلا عند إستخراج شهادة التخرج .

النص على حساب التقدير العام للطلاب فى درجة الليسانس أو البكالوريوس على أساس المجموع الكلى للدرجات التى حصلوا عليها فى كل السنوات الدراسية وترتيبهم وفقاً لهذا المجموع .

يمثل المعهد العالي للدراسات التعاونية الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن يترتب عليه زوال الخصومة وزوال سائر إجراءاتها والآثار القانونية المترتبة على قيامها ويعود الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى ولا يمس ذلك أصل الحق المدعى ، فيسجوز تجديد طلبه بدعوى أخرى مالم يسقط الحق بالتقادم وهو ذات الأمر الذي يترتب على ترك الخصومة فى الدعوى .

(الدعوى رقم ٢٨٠٤ لسنة ٤٨ ق)

(٣٤)

محكمة القضاء الإدارى دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١) جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ الإجراءات المادية التى اتخذها المدعى عليهم بصفتهم لتحويل مدرسة عماد الإسلام الخاصة المملوكة له إلى مدرسة حكومية ومنع تعرضهم له فى النشاط حتى يفصل فى موضوع النزاع .

طلب وقف التنفيذ يقوم على ركنين أولهما ركن الجدية ومؤداه أن يبنى الطلب على أسباب جديدة شأنها ترجيح إلغاء القرار المطعون فيه وثانيهما ركن الاستعجال بأن يترتب على القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها .

عدم السماح للمدرسة الخاصة بمباشرتها لأى نشاط إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم كذلك من الجهة المختصة ولا يجوز لها بعد الترخيص القيام بأى من

اجتياز المدعى بنجاح إمتحان الفرقة الأولى بكلية التجارة فرع الخرطوم العام الجامعى ١٩٨٧/٨٦ وانتقاله تبعاً لذلك إلى الفرقة الثانية قبل تاريخ العمل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٧٠ لسنة ١٩٨٩ ومن ثم لا يسرى بشأنه هذا القرار وبحسب تقدير درجاته فى البكالوريوس على أساس مجموع درجاته فى السنة النهائية فقط وإذا كان القرار المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون بحسب الظاهر من الأوراق مرجع الإلغاء ويتوافر لذلك ركن الجدية المتطلب لوقت التنفيذ .

ومن حيث أن إستمرار القرار المطعون فيه من شأنه الإضرار بالمستقبل العلمى للمدعى ومن ثم فيتوافر معه ركن الاستعجال من وقت تنفيذه .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٨٨٩٦ لسنة ٤٨ ق)

(٣٣)

محكمة القضاء الإدارى دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١) جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعين الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من المعهد العالي للدراسات التعاونية والإدارية بسحب نتيجتهم مع ٦٣٠ طالب آخرين فى الصف الأول مع ما يترتب على ذلك من آثار .

تقاعس المدعين عن تنفيذ قرار المحكمة أدى إلى وقف الدعوى لمدة ثلاثة شهور بعد أن كلفتهم بتصحيح شكل الدعوى باختصاص صاحب الصفة والذي

(٣٥)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/١/٣١

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير الداخلية بإدراجها على قوائم المنوعين من السفر .

رقابة القضاء الإداري للقرارات الادارية سواء في مجال وقف تنفيذها أو في مجال الغائها هي رقابة قانونية تسلطها المحكمة في الحالين على هذه القرارات لتتصرف مدى مشروعيتها وملائمتها من حيث مطابقتها للقانون نصاً وروحاً ينفي ألا تلغى قراراً إدارياً إلا إذا شابه عيب من هذا القبيل وألا تقضى بإيقاف قرار إلا إذا كان على حسب الظاهر من الأوراق ومع عدم المساس بأصل طلب الإلغاء عند الفصل فيه متسماً بمثل هذا العيب وقامت الى جانب ذلك حالة الاستعجال بأن كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرية الانتقال من مكان الى آخر ومن جهة الى أخرى والسفر خارج البلاد مبدأ أصيل لا غنى عنه للفرد وحق دستوري محقق له لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بشيء مقتضى ولا يجوز أيضاً تقييده إلا لصالح المجتمع وحمايته فإذا التفت مصلحة المجتمع الإبقاء على شخص في البلاد كان للدولة . وقد توافر لها الأسباب الجدية المبررة لذلك أن تتخذ من الإجراءات ما يحول دون سفره للخارج وللقضاء الإداري في سبيل أعمال رقابته أن يحص ويحصص هذه الأسباب ليتحقق من مدى مطابقتها للقانون .

الأعمال الواردة في المادة ٦١ من قانون التعليم والمادة ١٤ من قرار وزير التربية والتعليم إلا بعد موافقة الجهة الإدارية التي أصدرت الترخيص وإذا خالفت المدرسة الخاصة ذلك تقوم الجهة الإدارية بإصدار صاحب المدرسة أو من يمثله قانوناً بإزالة المخالفة وتحدد له مهلة لإزالتها فإذا انتهت المهلة دون تصحيح المخالفة توضع المدرسة تحت الإشراف المالي والإداري بقرار من المحافظ المختص بناء على اقتراح لجنة شؤون التعليم الخاصة وتشولي الإدارة التعليمية أو المديرية إدارة المدرسة لمدة لا تتجاوز سنة نيابة عن صاحب المدرسة لإزالة أسباب المخالفة التي ساققتها الجهة الإدارية تبريراً لوضع المدرسة تحت الإشراف المالي والإداري جاءت في حملتها ترديداً لما قالته عند إصدار القرار الذي قضى بوقف تنفيذه وهي المخالفات التي شابت عقد إيجار المدرسة وإقامتها على أرض مملوكة للدولة ولم تر المحكمة في هذه الأمور ما يسند صدور القرار الذي قضى بوقف تنفيذه وزادت الجهة الإدارية هذه المدة مبررات أخرى هي عدم وجود فناء للمدرسة وقيام صاحب المدرسة بسحب رصيدها قبل أن تتسلمها الإدارة مما أعاق العملية التعليمية .

عدم وجود فناء للمدرسة لا تعد مخالفة لاحقة على صدور الترخيص بما يبرر إخضاع المدرسة للإشراف المالي الإداري إذ أن جهة الإدارة أصدرت ترخيصاً ولم يكن بها فناء وقت صدوره .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدمى رقم ٧٠٥٣ لسنة ٤٧ ق)

قائما بحسب الظاهر من الأوراق على أسباب جدية يرجع معها إلغاء القرار والركن الثاني هو الاستعجال بن يرتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرص المشرع على ضرورة إحترام آدمية الانسان وكرامته وعدم المساس بها مادياً أو معنوياً وجعل للمحكوم عليه بأن يطبق الحق في الزيارة وهو حق مزدوج للمحكوم عليه ولذويه ولأى منهم أن يطلب هذه الزيارة وفقاً للضوابط التي رسمها القانون رقم ٣١٦ لسنة ١٩٥٦ واللائحة الداخلية للسجون الصادرة بقرار وزير الداخلية .

بالإضافة إلى أن الحق في الزيارة العادية للمسجون فان النائب العام أو المعامي العام والمدير عام السجون أو من ينوبه في ذلك أن يأذن لذوي المسجون بزيارته زيارة خاصة إذا دعت الظروف لذلك وهذا الحق مقرر لجميع المسجونين مهما كانت جرائمهم التي اقترفوها .

الأصل أن المعتقل شأنه شأن المحبوس احتياطياً لأنه لم يصدر في شأنه أى حكم قضائي يقضى بإدانتة .

عدم جواز منع الزيارة عن السجون منعاً مطلقاً من أى قيد وذلك بعدم تحديد مدة المنع سلفاً وأن تكون الأسباب التي دعت الى المنع من الزيارة تبرر هذا المنع ولا تتجاوز حدوده وقدره لأن حرمان الانسان الذي تسلب حريته من زيارة أهله وذويه في حبه يشكل إهداراً لأدميته وإهداراً معنوياً له وحرمانه من حق طبيعي مقرر له ولذويه .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية بالمصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٨٠ لسنة ٤٩ ق)

إذا كان قرار منع المدعى السفر الى الخارج قد استند إلى وجود تحريات باتجاره في المواد المخدرة وأن له نشاط كبير في جلب تلك المواد من الخارج - لا يجوز الاستناد اليها وحدها لتقييد حرية من الحريات الشخصية فالمنع من السفر هو مصادرة لحرية شخصية لا يجوز أن يكون مبناه شبهات تقوم في حق الشخص وإنما ينبغي أن يستند إلى أسباب مستمدة من أدلة أو قرائن تستخلص استخلاصاً سائفاً وقائع محددة ولها أصل ثابت من الأوراق ، وعلى ذلك فمجرد تحريات تصاغ في عبارات مرسله لا تكفي لتبرير تقييد حرية المدعى من السفر خاصة وأن الأوراق لم تشر حتى إلى سبق اتهام المدعى في تلك النوعية من القضايا .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٧٥٠٦ لسنة ٤٨ ق)

(٣٦)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات والميئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٢/٢٨

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بمنع الزيارة عن شقيقه المودع بسجن استقبال طره وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه .

القرار المطعون فيه لا يتقيد بميعاد الستون يوماً المحددة لإقامة دعوى الإلغاء ... ومن ثم فإن الدعوى تكون مقبولة شكلاً بشرط لتوافر الطلب العاجل ولوقف تنفيذه توافر ركني الجدية والاستعجال وأولهما يتصل بمبدأ المشروعية وهو أن يكون إدعاء الطالب

(٣٧)

محكمة القضاء الإداري**دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)****جلسة الثلاثاء**

١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بإلغاء القرار الصادر من لجنة الأحوال المدنية الذي قضى بتغيير اسم نجله .

تصحيح قيود الأحوال المدنية لا يتم إلا بقرار تصدره اللجنة المنصوص عليها في المادة ٤١ من القانون رقم ٢٢٠ لسنة ١٩٩٠ ولكي يصدر هذا القرار يجب أن يتقدم إليها صاحب الشأن بطلب مشفوعاً بالمستندات اللازمة ومبررات طلب التعديل والتغيير .

الأصل أن يتقدم الشخص بنفسه الى هذه اللجنة فان ذلك يكون بالنسبة الى الشخص كامل الأهلية أما إذا كان ناقصاً لعدم بلوغه سن الرشد أو لغير ذلك من الأسباب فان لوليه أو الوصي أو القيم عليه أن يحل محله في هذا الطلب .

طالما أن الأب كان موجوداً فإنه وحده الذي له الولاية الطبيعية على ابنه ويكون وحده أيضاً صاحب الصفة والمصلحة في تعديل أو تغيير قيود الأحوال المدنية الخاصة بالابن القاصر تغيير اسمه إن شاء .

عدم جواز منح هذه الصفة للأُم بتغيير اسم ابنها القاصر طالما أنها ليست وصية عليه لأن هذا الحق مقرر لوليه الطبيعي وهو والده .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه .

(الدعوى رقم ٧٩٠١ لسنة ٤٣ ق)

(٣٨)

محكمة القضاء الإداري**دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)****جلسة الثلاثاء**

١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ القرار الصادر من الجهة الادارية بشأن منع دخول ابنته المدرسة لارتدائها النقاب وإنذارها بالفصل إذا لم تخلعه واعتبار مدة طردها من المدرسة غياب بدون عذر رغم أن الشريعة الإسلامية حثت على النقاب بالإضافة إلى كون القرار المطعون فيه ينطوي على الافتقار على الحرية الشخصية وحرية العقيدة التي قررها وكفلها الدستور .

الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة المبدأ من محامي الحكومة لأن المدعى أقامها ضد السيد وزير التعليم والسيد مدير إدارة المدرسة والسيد مدير الإدارة التعليمية بصفته لا يقوم على سند صحيح لأن القرار المطعون فيه صادر من المدعى عليه الرابع وأن تنفيذ الحكم يكون في مواجهته .

وحيث يتوافر ركن الجدية لأن المادة الثانية من الدستور تنص على أن الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي للتشريع كما تنص المادة ٤٦ من الدستور على أن تكفل الدولة حرية العقيدة ويكون ذلك بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن .

ومن ثم فإن المحكمة تنتهي إلى أن إسدال المرأة النقاب على وجهها واجب شرعاً ولأن النقاب أيضاً في جميع الأحوال غير محظور شرعاً وإنما هو زي يباح للمرأة أن ارتداؤه وفقاً لما لها من حرية شخصية في هذا الشأن وحرية العقيدة التي كفلها الدستور وأنه لا

توافر ركن الجدية كونه متوافراً حيث أن مجلس جامعة الأزهر بمناسبة بحث تطبيق قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢ كان قد إستند قاعدة من قبيل التيسير على الطلاب الذين استنفذوا مرات الرسوب . البند الثالث من هذا القرار ينص على جواز سحب قرارات فصل الطلاب الذين تم فصلهم من العام الجامعي ١٩٩٢/٩١ لإستنفاد مرات الرسوب طبقاً للمادة ٢٢٠ من اللائحة التنفيذية بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩١ الذين رسبوا فيما لا يزيد عن نصف عدد المقررات بغض النظر عن المواد المتخلفة من سنوات سابقة ومنحهم الحق في التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين طبقاً للمادة ٢٢٠ المشار إليها بعد التعديل وذلك بعد موافقة مجلس الكلية المختصة على ذلك .

عمومية القاعدة سائلة الذكر دون تخصيصها وإطلاقها بدون تقييد ، وإنطبقها على جميع الفرق الدراسية عدا طلاب الفرقة الإعدادية والأولى في الكليات التي ليس بها فرقة إعدادية .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة الأزهر مصروفاته وأمرت بأحالة الدعوى الى هيئة مفوضي الدولة لإعداد تقرير بالرأى القانوني في طلب الإلغاء .

(الدعوى رقم ٦٤٦ لسنة ٤٩ ق)

(٤٠)

محكمة القضاء الإداري دائرة المنازعات والأفراد (١) جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٤/١١

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلي بحرماتها من تكملة دراستها بكلية الدراسات

يجوز لأي سلطة كانت أن تحظر إرتداء النقاب لأن في ذلك مساس بهاتين الحريتين اللتين كفلهما الدستور .

لا يجوز ارتداء النقاب بصفة مطلقة أو منعه بصورة كلية على المرأة لعرف جهة معينة أو مكان محدد مما يجعل لها ارتياده .

وحيث أنه لا ينال من ذلك ما قد يقال من أن لولى الأمر أن يضع القواعد والضوابط اللازمة لحفظ النظام العام ذلك أن التنظيم الذي يستهدفه ولي الأمر يجب أن لا يمس إحدى المسائل التي تدخل في دائرة العقيدة والتي أوجب المشرع الدستوري على الدولة كفالتها للمواطنين فضلاً عن أن إرتداء المرأة النقاب تتداخل فيه دائرة حرية العقيدة والحرية الشخصية والحريتان لصبقتان بالإنسان وبشخصه وحياته الشخصية .

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٤٠ / ٤٩ ق)

(٣٩)

محكمة القضاء الإداري دائرة المنازعات والأفراد والهيئات (١) جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٣/١٤

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلي بالامتناع عن تطبيق حكم البند ثالثاً من قرار مجلس جامعة الأزهر الصادر بجلسته رقم ٣٢٧ بتاريخ ١٩٩٢/٢/٥ ومنحه الحق في التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين مع ما يترتب على ذلك آثار شروط وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأثره ومدى إنطباقها على واقعة الدعوى .

محكمة القضاء الإداري دائرة المنازعات والأفراد والهيئات (أ) جلسة الثلاثاء ١٩٩٥/٤/١١

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار إدراج اسمه على قوائم التمتعين من السفر .
إشترط القضاء لوقف تنفيذ القرار الإداري ضرورة توافر ركنين :

أولهما : يتصل بمبدأ المشروعية وهو ركن الجدية بأن يكون إدعاء الطالب في هذا الشأن قائماً بحسب الظاهر من الأوراق على ما يرجع إلغاء القرار المطعون فيه .

وثانيها : ركن الاستعجال بن يترتب على الاستمرار في تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

حرية الانتقال من مكان إلى آخر والسفر خارج البلاد مبدأ أصيل لا غنى عنه للفرد وحق دستوري مقرر له لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بغير مقتضى ولا يقيده إلا الصالح العام للمجتمع فإذا اقتضت مصلحة المجتمع الإبقاء على شخص في البلاد كان للدولة وقد توافر لها الأسباب الجدية المبررة لذلك أن تتخذ من الإجراءات ما يحول دون سفره للخارج ولل قضاء الإداري في سبيل إعمال رقابته أن يفحص الأسباب للتحقق من مدى مطابقتها للقانون .

توافر ركن الاستعجال لأن قيد المدعى على قوائم التمتعين من السفر في ذاته بعد قيداً على حريته في التنقل والسفر فضلاً عن ضياع فرصته للعمل في الخارج والتي حصل عليها بالفعل .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً ووقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جهة الإدارة بالمصروفات .

(الدعوى رقم ١٢٦٢ لسنة ٤٩ ن)

الإنسانية ومنحها فرصتين لدخول الامتحان مع ما يترتب على ذلك من آثار .

كون مجلس جامعة الأزهر قد بحث قرار السيد رئيس الجمهورية رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢ أنه قد استن قاعداً من قبيل التيسير على الطلاب الذين استنفذوا مرات الرسوب فأصدر في الخامس من فبراير سنة ١٩٩٢ القرار الرقم ٣٢٧ تضمن في البند الثالث منه حكماً يقضى بجواز سحب قرارات فصل الطلاب الذين تم فصلهم في العام الجامعي ١٩٩٢/٩١ لاستنفاد مرات الرسوب طبقاً للمادة ٢٢٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ الذين رسبوا فيما لا يزيد على نصف عدد المقررات بفرض النظر عن المواد المتخلفة من سنوات سابقة ومنحهم الحق في التقدم للامتحان لمدة عامين متتاليين تطبيقاً للمادة ٢٢٠ المشار إليها بعد التعديل وذلك بعد موافقة مجلس الكلية المختصة على ذلك .

وهذه القاعدة قد وردت عامة دون تخصيص ومطلقة دون تقييد ومن ثم فإنها تشمل جميع طلاب الفرق الدراسية عدا طلاب الفرق الإعدادية والأولى في الكليات التي ليس بها فرقة إعدادية ويشترط لإمكان الاستفادة من هذه القاعدة أن يكون سبب فصل الطالب هو استنفاده مرات الرسوب وألا يزيد عدد المقررات التي رسب فيها على نصف المقررات للفرقة الدراسية المقيد بها ولا يدخل في حسابها المواد المتخلفة عن سنوات سابقة .

توافر ركن الاستعجال لما يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه من حرمان المدعية من مواصلة دراستها الجامعية رغم أنها أوشكت على الإنتهاء منها .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة الأزهر بمصروفاته .

(الدعوى رقم ٢٧٦٦ لسنة ٤٩ ن)

(٤٢)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد (د)

جلسة السبت

١٩٩٥/٥/٢٠

الحالات التي أوجب عليها المشرع إتخاذ هذه الإجراءات وإصدار مثل هذا القرار ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يكون قد صدر سليماً قائماً على سببه المبرر له في الدافع والقانون ويكون الطعن عليه بطلب إلغاؤه غير مستند إلى أساس سليم ويكون حرياً بالرفض .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض طلب إلغاء القرار المطعون فيه وألزمت المدعي بالمصروفات .

(الدعى رقم ١٢٦٤ لسنة ٤٧ ق)

(٤٣)

محكمة القضاء الإداري

دائرة منازعات الأفراد (د)

جلسة السبت

١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار وزير التربية والتعليم الصادر بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٣ بإعادة قيد أبناء المدعى بالفرقة الرابعة والثانية والولى بالمرحلة الابتدائية في العام الدراسي ١٩٩٣/٩٢ عدولاً عن قراره الصادر في ١٩٩٢/١١/٢٨ بقيد كل منهم بالصف الأعلى مباشرة مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أن الشايب من الأوراق أن وزير التربية والتعليم سبق له أن وافق في سبتمبر ١٩٩٢ على القواعد التنظيمية لمناظرة صفوف النقل بدولة الإمارات العربية بما يعادلها بجمهورية مصر العربية وبمقتضاها تمت معادلة الصف السادس الابتدائي بالامارات بالصف الخامس لمصر وهكذا ونزولاً على ذلك فإنه يتعين على الوزير إحترام هذا القرار وعدم مخالفته وأنه

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بإزالة العقار محل النزاع وإلزام الجهة الإدارية بالمصروفات .

وحيث أن قضاء نصوص قانون الري والصرف رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ أن المشرع قد حدد في المادة الأولى منه تحديد الأملاك العامة ذات الملك - والخاصة بالري والصرف وحظر في المادة التاسعة منه القيام بأى عمل خاص داخل حدود الأملاك ذات الصلة بالري والصرف إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري ولما كان الشايب من الأوراق أن المدعى قد قام بالتعدي على جسر الرواج بالهر الأيمن بزماء كفر حداد مركز أشمون وهو من الأملاك العامة ذات الصلة بالري وذلك ببناء جسر بالطوب الأسمنتى وفقاً للقواعد الخرسانية وتجهيزها لتسليمها وقد قام بهذا دون الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري وتبعاً لذلك فقد قام مهندس الري المختص بتحرير المحضر الإداري ضده وطلب من المأمور إخطار المدعى بالمخالفات المنسوبة إليه وبإزالتها وإعادة الشئ - إلى أصله ، وفعلاً فقد تم إخطاره بذلك ، ولما لم يمثل المدعى تبعاً لذلك فقد قامت الجهة الإدارية بإزالة هذه الأعمال وإلزام المدعى بتنفيذ الإزالة على عاتقه .

وحيث أن الجهة الإدارية أثبتت كافة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً وكان القرار المطعون فيه قد صدر من السلطة المختصة بإصداره قانوناً وفي

وحيث أن مفاد نصوص المواد ١٥ و ١٦ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء أن المشرع حظر إقامة أية مبانى أو تعليتها أو توسيعها بدون الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم وفى حالة مخالفة ذلك الحظر يتعين على هذه الجهة أن توقف الأعمال المخالفة ودخول المحافظ المختص ومن يفوضه سلطة إصدار قرار مسبق بإزالة هذه الأعمال .

وحيث أن حق المحافظ فى تحديد من ينوب عنه فى إصدار قرار الإزالة ليس مطلقاً وإنما يتعين الرجوع فى هذا الشأن بعد أن خلت أحكام القانون من تحديده .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن القرار المطعون فيه بإزالة الأعمال المخالفة التى قام المدعى ببنائها بالمعار محل النزاع والمملوك له قد صدر من مستشار المحافظ للشئون الهندسية والفنية .

باعتباره مفوضاً عن المحافظ فى ممارسة هذا الاختصاص فإن هذا التفويض يكون قد صدر الى غير من أجاز القانون تفويضهم ومن ثم يكون التفويض قد تم بالمخالفة لأحكام القانون وبالتالي يكون القرار المطعون فيه قد صدر ممن لا يملك ولاية إصداره بالإضافة إلى أنه صدر معيباً بعيب عدم الاختصاص الأمر الذى يتعين معه القضاء بإلغائه وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٤٠ لسنة ٤٤ ق)

(٤٥)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة الأفراد (أ)

جلسة السبت

١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بعدم السماح لنجله بدخول امتحان الدور الثانى

إذا خالف جاز للموزير سحب وإلغاء القرار المخالف خلال مواعيد الطعن بالإلغاء . ويكون قراره بسحب القرار المخالف مطابقاً للقانون دون أن يكون لدوى الشأن التمسك بما نشأ القرار المسحوب لهم من حقوق ومزايا .

ولما كان الثابت أيضاً من الأوراق أن المدعى تقدم بطلب لقيد أبنائه بالصف الخامس والرابع والثانى الابتدائى فى الوقت الذى لا يحق لهم القيد فى هذه الصفوف وإنما يحق قيدهم بالصفوف الرابع والثالث والأول الإبتدائى إلا أن الوزير قد خالف قرار المناظرة ووافق على قيدهم فى ١٩٩٢/١١/٢٨ بالصفوف الخامس والرابع والثانى ثم عندما أدرك الوزير مخالفة تلك الموافقات لقرار المناظرة سألته الذكر أصدر بتاريخ ١٩٩٢/١٢/١٣ قراره بسحب قراره المخالف وإلغائه ، وعليه فإن قرار السحب يكون مطابقاً للقانون ولا يحق للمدعى بصفته طلب إلغائه ويضحق طلب الإلغاء الغير قائم على سند من القانون خليقاً بالرفض .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض طلب إلغاء القرار المطعون فيه وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٣٧٠٧ لسنة ٤٧ ق)

(٤٤)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة منازعات الافراد (أ)

جلسة الأحد

١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار رقم ١٩٩٠/٧٠ فيما تضمنه من إزالة الأعمال المخالفة التى أقامها بالعقار ملكه وما ترتب على ذلك من آثار.

هذه الاسباب

حكمت المحكمة بالفا القرار المطعون فيه وألزم
الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٦٢١ لسنة ٤٧ ق)

(٤٦)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الافراد (د)

جلسة السبت

١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعيان الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار
الصادر من رئيس حي حلوان والتبیین فيما تضمنه من
إزالة التعديت الواقعة منها على أرض الدولة بحلوان
مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه وإن كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدني
تحظر التعدي على أملاك الجهات المنصوص عليها
فيها ومنها أملاك الدولة الخاصة وأعطت هذه المادة
للوزير المختص حق إزالة هذا التعدي بالطريق الإداري
كما أعطت المادة ٢٦ من قانون الإدارة المحلية رقم
٤٣ لسنة ١٩٧١ المحافظ المختص سلطة اتخاذ مايراه
لزاماً لحماية أملاك الدولة العامة أو الخاصة إزالة ما
يقع عليها بالطريق الإداري فإن المسلم به أن التعدي
الذي قصده المادتين ٩٧٠ مدني و ٢٦ من قانون
الإدارة المحلية هو ذلك وضع اليد الذي لا يستند إلى
سبب قانوني صحيح وعلى ذلك فإذا كان واضح اليد
يستند في وضع يده إلى تخصيص صادر له من الجهة
الإدارية المختصة فإنه لا يختصر بذلك متعدياً على
أملاك الدولة وبالتالي فإنه لا يجوز للجهة الادارية إزالة
وضع اليد هذا بالطريق الاداري إستناداً للمادة ٩٧٠

من الصف الخامس الابتدائي للعام الدراسي
١٩٩٣/٩٢ مع ما يترتب على ذلك من آثار وتنفيذ
الحكم بمسودته دون إعلان .

وحيث أن المشرع لم يحدد حداً بحيث لا يجوز
النزول عنه عند قبول التلميذ بالصف الأول من حلقة
التعليم الأساسي وأن ما حدده المشرع هو الحد الأدنى
والذي تلتزم الدولة عند بلوغ الطفل له أن تقبله في
الصف الأول من حلقة التعليم الأساسي وعلى ذلك فإنه
إذا ما كان الطفل لديه قدرات تؤهله للالتحاق بالصف
الأول سالف الذكر قبل أن يبلغ السنة المشار إليها
والتحقق فعلاً بالصف الأول من حلقة التعليم الأساسي
لوجود أماكن بهذا الصف وقبلته الجهة الإدارية وواصل
تعليمه بصوف تلك الحلقة فإنه يكون قد نشأ له مركز
قانوني فردي وبأحقته في مواصلة تعليمه ، ولا يجوز
معه لوزارة التربية والتعليم بعد ذلك أن تمنعه من
مواصلة دراسته ويضحي القرار الصادر عن مواصلة هذه
الدراسة مخالفاً للقانون .

ولما كان الثابت من الأوراق أنه وإن كان يحق
للمدعي الالتحاق بالصف الأول الابتدائي قبل أن يبلغ
سن السابعة ونجح في هذا الصف وانتقل إلى الصفوف
التالية له ودرس بها حتى وصل إلى الصف الخامس
الابتدائي وبذلك فإنه يكون قد نشأ له مركز قانوني
فردى وذاتي لا يجوز المساس به ولا يجوز لوزارة
التربية والتعليم أن تمنعه من مواصلة دراسته في
الفصل الثاني من الصف الخامس بحجة أنه التحق
بالصف الأول الابتدائي قبل بلوغه الخامسة والنصف من
عمره ويضحي القرار الصادر بمنعه من مواصلة الدراسة
في الصف الخامس الابتدائي مخالفاً للقانون خليفاً
بالإلغاء .

وحيث أن المراد من نصوص قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٢ أن الجمرک وهو يتولى تقدير قيمة البضاعة المستوردة يخضع لسلطة تقديرية واسعة غايته الوصول الى الثمن الذى تساويه فى تاريخ تسجيل البيان الجمرکى المتقدم عنها دون التقيد بالقواتير والمستندات التى يقدمها صاحب البضاعة وعلى الجمرک التأكد من البضاعة بمعاينتها سواء تمت المعاينة داخل الدائرة الجمرکية وهذا هو الأصل أو خارجها ما دامت تحت رقابته وكل ذلك بهدف الوصول الى ثمن البضاعة وقيمتها وتحديد التعريف الجمرکية المقررة والخاضعة لها ثم تسوية الضريبة والرسوم الجمرکية على أساس ذلك وتحصيل الضريبة والإفراج عن البضاعة وقيام ذلك فإن الجمرک يستمد سلطاته فلا يجوز له بعد تحصيل الضريبة والافراج عن البضاعة وخروجها من الدائرة الجمرکية ومن رقابته أن يعاود النظر فى تقدير قيمتها مرة أخرى بدعى أن المستورد لم يذكر القيمة الحقيقية للبضاعة فى البيان الجمرکى أو أن يقدم الفاتورة الأصلية أو أنه قد ورد فى بيانات ومطبوعات لاحقة للجمرک بحقيقة ثمن أو قيمة البضاعة ذلك أنه كان بإمكان الجمرک أن يتحقق بكافة الوسائل من قيمة البضاعة ونوعها وألا يفرج عنها قبل التثبت من ذلك ليتم تقدير الضريبة على الوجه السليم والقول بغير ذلك يؤدى إلى زعزعة فى الاستقرار وفى المعاملات التجارية حيث يراعى فى تحديد الأسعار السلع المستوردة وتحديد بها من الربح فيها وثمن تكلفتها بما فى ذلك الضرائب والرسوم التى تم تأديتها عنها .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى ٤٤٧٥ لسنة ٤٦ ق)

مدنى وإنما يتعين أولاً على الجهة الادارية أن تلقى قرار التخصيص الصادر منها لتواضع اليد وينبه عليه بإخلاء عقار التعدي من هذه اللحظة ، ويعتبر وضع يده مستبعد ويحق لها إزالته بالطريق الادارى ويضحي بالتالى القرار الصادر بإزالة وضع اليد قبل إلغاء قرار الترخيص أو التخصيص مخالفاً للقانون .

وحيث أن وضع يد المدعين على هذه المساحة قد تم بناء على موافقة رئيس حى حلوان والجهات الرسمية بالحق وعلى ذلك فإنهما لا يعتبران متعديان عليها ولا يحق بالتالى لحي حلوان بعد ذلك استعمال السلطة المنصوص عليها فى المادة ٩٧٠ مدنى و ٢٦ من قانون الإدارة المحلية لإزالة وضع يدها على هذه الأرض ويضحي القرار الصادر بإزالة وضع يدها عليها (المطعون فيه) مخالفاً للقانون وخليفاً بالإلغاء .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ١١٠٠ لسنة ٤٤ ق)

(٤٧)

محكمة القضاء الإدارى

دائرة الأفراد (د)

جلسة السبت

١٩٩٥/٥/٢٠

طلب المدعين الحكم بإلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٩٩١/١٠/٢١ برقم ١٢٨٢١ عن البيان الجمرکى ٤٧ لسنة ١٩٩١ جمرک السويس مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(٤٨)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٥/٢٣

إختصاص ما يخرج عن إختصاص مجلس الدولة
بهيئة قضاء إداري طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ
والغاء قرار النائب العام بالامتناع عن تأجيل تنفيذ
العقوبة المقررة بها في القضية رقم ١٤ لسنة ٨٤
جنايات مخدرات اليساتين .

قانون الاجراءات الجنائية عهد إلى النيابة العامة
بصفقتها الأمنية على الدعوى العمومية بالولاية
المرسومة لها في هذا القانون من تحقيق وإتهام وقبض
وحبس وتفتيش ورفع الدعوى العمومية وطلاتها
وحفظها . وأيضاً بوصفها جهاز قضائي إلى الإشراف
على تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الجنائية
وملائمة سلامة التنفيذ وهو ما يتصل بالجريمة والعقاب .

كل هذا بعد من قبيل القرارات القضائية التي
خولها القانون سلطة البت فيها ورسم الوسيلة القانونية
لتنظيم منها أمام الجهات القضائية المختصة وبهذه
المثابة فإن ما تصدره النيابة العامة في هذا الخصوص
ومن بينه ما يتعلق بتأجيل تنفيذ العقوبة المقررة بها هو
ما يخرج عن ولاية القضاء الإداري .

حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى
وألزمت المدعى المصروفات .

(الدعوى رقم ٢٠٩ لسنة ٩٤ ق)

(٤٩)

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٥/٢٣

طلب المدعية الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار
المطعون فيه وإعتبارها ملتحقة بكلية التجارة جامعة
عين شمس إن نظام وليست منتسبة .

صدر قرار من المجلس الأعلى للجامعات بشأن
قبول الطلاب المعوقين إعاقته تمنعهم من الحركة
إلا بمعاونة الآخرين ولا تمنعهم من تدوين المحاضرات
ويكون ذلك بناء على تقرير من القومسيون الطبي العام
والسماح لهم بالقبول بكلية التجارة .

العلة في ذلك هو رعاية الطلاب المعوقين
وتشجيعهم على مواصلة دراساتهم الجامعية وأنه إذا
كانت ظروفهم وأحوالهم الصحية قد حالت دون تمكنهم
من الحركة بأنفسهم فإن المجلس الأعلى للجامعات
مراعاة منه لهذه الاعتبارات لم يلزمهم بالحصول على
المجموع الذي طالب به غيرهم ممن هم في حالة صحية
طبيعية وليست بها إعاقته ومنعاً من التحايل في هذا
الشأن فإن المجلس الأعلى للجامعات تطلب تقريراً من
القومسيون الطبي العام يوضح الحالة الصحية للطلاب
على أن المقصود بعبارة معاونة الآخرين لا تقتصر على
الأفراد وإنما يقصد بها أن الطلاب المعاق لا يستطيع
بمفرده وبدون أشخاص وأجهزة أو أدوات أن يتحرك مثل
الطالب الصحيح الذي يخشى من الإعاقة فلا يلزم
للاستفادة من هذا الاستثناء الذي قرره المجلس
الأعلى للجامعات أن يستعين الطالب بأجهزة تعويضية
وإنما يكفي أن يكون بحاجة الى معاونة الآخرين والجهة

بلوغ الغياب المدة الموجبة لفصل الطالب على النحو السالف بيانه وأن هذا الإجراء ضروري وجوهري فإذا ما صدر قرار الفصل غير مسبوق بهذا الانتذار كان قرار الفصل معيباً حتى ولو ثبت غياب الطالب الممدد الموجبة للفصل .

وحيث أن هذا الحكم صادر في الشق العاجل من الدعوى وقد تحدد أول يونيو سنة ١٩٩٥ موعداً لبدائية إمتحان نهاية العام الدراسي فمن ثم فإن المحكمة تأمر بتنفيذ الحكم بمسودته وبغير إعلائه عملاً بنص المادة ٢٨٦ مرافعات .

حكمت المحكمة في الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الدعوى رقم ٥٥٤٦ لسنة ٤٩ ق)

(٥١)

محكمة القضاء الإداري دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١) جلسة الثلاثاء ١٩٩٥/٥/٢٣

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر من رئيس جامعة حلوان بمتع دخول الطالبات المنقبات إمتحانات نهاية العام الجامعي مع ما يترتب على ذلك من آثار .

بالنسبة للطلب العاجل يشترط لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه توافر ركني يتصل أولهما بمبدأ المشروعية بأن يكون إدعاء الطالب قائماً بحسب الظاهر على أسباب جديرة يرجع معها إلغاء القرار والركن الثاني هو الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها .

الوحيددة وصاحبه الإختصاص في تقرير ذلك هي القومسيون الطبي العام وليس لجهة أخرى سواء لجنة جامعية طبية أو غير ذلك أن تتدخل في هذا الشأن .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفي الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة عين شمس المصروفات .

(الدعوى رقم ٤٩/٣٤١٣ ق)

(٥٠)

محكمة القضاء الإداري دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١) جلسة الثلاثاء ١٩٩٥/٥/٢٣

طلب المدعى الحكم بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية ووزير التعليم بمنع تجله من دخول وأداء امتحان نهاية العام الدراسي ١٩٩٥ وفي الموضع بالفاء القرار السلبى مع ما يترتب على ذلك من آثار جواز فصل الطالب من المدرسة إذا تغيب بغير عذر مدة تزيد على خمسة عشر يوماً متصلة أو تزيد على ثلاثين يوماً متقطعة ويجوز إعادة الطالب المفصول بقرار من لجنة إدارة المدرسة ولا يجوز إعادة القيد أكثر من مرة واحدة في السنة الدراسية الواحدة ولا يجوز إعادة القيد أكثر من مرتين في مرحلة التعليم الثانوى كلها .

يشترط لدخول الطالب الامتحان أن يحضر ٨٥٪ على الأقل من عدد أيام الدراسة و ٧٥٪ من مجسوع الدروس المقررة للتدريبات المهنية بالنسبة الى التعليم الثانوى الفنى وإن حصل الطالب الذى يتغيب الممدد المشار إليها وإن كان لا يسبقه تحقيق إلا أنه يجب أن يكون مسبوقاً بإنذار إلى الطالب وإلى ولي أمره قبل

محكمة القضاء الإداري

دائرة الأفراد والمنازعات والهيئات (١)

جلسة السبت

١٩٩٥/٧/٢٥

طلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار جامعة القاهرة السلبى بالإستعانة عن تقدير نجاح المصدعون فى البكالوريوس بتقدير جيد جداً مع مرتبة الشرف مع ما يترتب على ذلك من آثار .

قانون تنظيم الجامعات قد ناط باللائحة التنفيذية وضع الإطار العام لتنفيذ أحكامه وبيان النظم والأحكام المشتركة بين الجامعات وتلك المشتركة بين بعض كلياتها ومعايها وترك لهذه اللائحة بصفة خاصة بيان الدرجات والشهادات العلمية والدبلومات والشروط العامة للحصول عليها .

مقتضى ذلك وإلزامه أن تتكفل اللائحة الداخلية ببيان الأحكام التفصيلية اللازمة لتنفيذ أحكام قانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية بما تكمل هذه الأحكام وبما يتناسب مع طبيعة الدراسة بكل كلية وبالقدر الذى لا يتعارض مع الإطار العام الوارد فى اللائحة التنفيذية وبما يجعل اللائحة الداخلية لكل كلية متصلة ومنسجمة مع الأحكام الواردة فى القوانين واللائحة التنفيذية الصادر بأداء أعلى فى السلم التشريعى من أداء إصدار اللائحة الداخلية وهذا من شأنه توحيد القواعد والأحكام الأساسية وأجبة التطبيق على كليات الطب فى الجامعات المختلفة ذات الطبيعة الواحدة والتى تخضع أصلاً لتنظيم قانونى واحد .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزمت جامعة القاهرة مصروفات هذا الطلب .

(الدعوى رقم ٥١٦٥ لسنة ٤٩ ق)

بالنسبة لركن الجدية فإن الدستور ينص على أن يقرر حقيقة ثابتة وهى أن دين الدولة هو الإسلام وأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع والحرية الشخصية هى من الحقوق الطبيعية للصيقة بالإنسان ولا يجوز للدولة المساس بها وتلتزم فضلاً عن ذلك بكفالة حرية العقيدة .

للمرأة حرية إرتداء النقاب بما لها من حرية شخصية وحرية عقائدية وهناك رأيان فى هذا الصدد أولهما يرى أن وجه المرأة ليس بهورة ومن ثم يجوز لها كشفه أو ستره والثانى يرى إلى وجوب ستر وجه المرأة ، ومن ثم فإن إسدال النقاب عن وجه المرأة غير محظور شرعاً ولا يحرمه القانون ولا ينكره العرف .

لا يجوز للجهة الادارية المساس بحرية المرأة الشخصية بحرمانها من إرتداء الزى الذى تراه مناسباً طالما لا يشكل خروجاً على القوانين أو العرف أو التقاليد وإنما يمثل حرصاً منها على الاحتشام والوقار .

إرتداء الطالبة للنقاب لا ينطوى على افتئات لحق الجامعة أو الكلية التى تنتسب إليها وما يقتضيه ذلك الحق من التحقق من شخصيتها عند دخولها لمقر دراستها حتى لا يندس دخول شخص غريب أو غير مرغوب فى دخوله ذلك المكان ويمكن أن يتم ذلك باتخاذ الاجراء الذى تراه الجامعة أو الكلية مناسباً وما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية كان تخصص إحدى بنات جنسها للتحقق من شخصيتها وذلك لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة من جهة وبين ممارسة الحرية الشخصية من جهة أخرى .

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلاً وفى المطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وألزمت جامعة حلوان مصروفاته .

(الدعوى رقم ٦٩٠٢ لسنة ٤٩ ق)

(١)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الاولى

جلسة ١٩٨٥/١١/١٦

نقابة المهندسين انتخاب أعضاء مجلس النقابة -
الظعن فيه .

المادة (٢٠) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن
نقابة المهندسين .

الظعن في قرار انتخاب أعضاء مجلس النقابة
المكملين يكون بالشروط والأوضاع المقررة سواء كان
مرجع الظعن أسباب تتصل بشروط التشريع أو سابقة
الانتخاب بالشعبة أو بغير ذلك من الأسباب .

لمحكمة القضاء الإداري إذا توافرت شروط الظعن
طبقاً لنص المادة (٢٠) المشار إليها أن تسلط
رقابته على كافة الاجراءات السابقة على الانتخاب .

مؤدى ذلك إعتبار الظعن على الاجراء السابق في
حقيقة تكييفه القانوني طعناً على الإنتخاب بمجلس
النقابة يتعين أن يتوافر في إقامته الشروط المقررة
بنص المادة (٢٠) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ .

(الظعن رقم ٦٥ لسنة ٣٠ ق)

(٢)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الاولى

جلسة ١٩٨٥/١٢/١٤

نقابة المحامين - شروط القيد بالجدول -
الاختصاص بالظعن على قرارات القيد - ما يخرج عن
إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضا - إداري .

إن قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة
١٩٦٨ والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أسند المشرع
إلى محكمة النقض (الدائرة الجنائية) الاختصاص
بنظر الظعن في القرار الصادر من لجنة قيد المحامين
برفض طلب القيد بالجدول العام طبقاً لنص المادة
(٥٩) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والذي كان
معمولاً به حتى ١٩٨٣/٣/٣١ ثم جعل هذا
الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة إعتباراً من
١٩٨٣/٤/١ طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة
١٩٨٣ - الطعون المقدمة من طالب القيد في الجداول
على مختلف مستوياتها يتعقد الاختصاص بشأنها
لمحكمة النقض الدائرة الجنائية طبقاً لأحكام المواد ٧٣
و٧٧ و٨٠ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ومحكمة
إستئناف القاهرة طبقاً لأحكام المادتين ٣٣ و٣٦ من
القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ اختصاص محكمة
استئناف القاهرة ومحكمة النقض اختصاص شامل يمتد
إلى الطعون التي حددها المشرع فيما يصدر من أجهزة
النقابة ولجانها من قرارات مثل قرارات إسقاط عضوية
النقيب وأعضاء مجلس النقابة وقرار نقل اسم محامى
إلى جدول غير المشتغلين وقرار محو اسم محام من
الجدول والقرارات التأديبية الصادرة ضد المحامين
وإغفال إدراج اسم أحد المرشحين لعضوية مجلس
النقابة في قائمة المرشحين والقرارات الصادرة من
الجمعية العمومية للنقابة والظعن في تشكيل مجلس
النقابة - مؤدى ذلك - خروج الظعن على هذه القرارات
من إختصاص مجلس الدولة ولا حاجة في هذا الشأن
بنص المادة (١٧٢) من الدستور التي قررت لمجلس
الدولة ولاية عامة في المنازعات الادارية - أساس ذلك
أنه لا يوجد ما يمنع من استناد الفصل في بعض
المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى طالما أن
ذلك على سبيل الاستثناء وفي الحدود التي يقتضيها
الصالح العام إعمالاً للتفويض المنصوص عليه بالمادة

(١٦٧) من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية وإختصاصاتها وطريقة تشكيلها .

(الطعن رقم ٩٧١ لسنة ٢٩ ق)

(٣)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

جلسة ١٩٨١/٢/٨

نقابة المحامين - الترشيح لمنصب النقيب - إجراءات ومواعيد الطعن على القرارات الصادرة من هذا الشأن .

نص المادتين ١٣٤ و ١٣٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة معدلاً بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ .

أجاز المشرع الطعن على استقلال لمن أغفل قيد إسمه من قائمة المرشحين فى قرار مجلس النقابة بعدم إدراج إسمه أمام محكمة استئناف القاهرة خلال عشرة أيام من تاريخ نشر كشوف المرشحين .

أسند المشرع الاختصاص بنظر الطعن فى القرارات الصادرة من الجمعية العمومية وفى تشكيل مجلس النقابة إلى محكمة النقض .

إختصاص محكمة النقض ومحكمة إستئناف القاهرة فى هذا الشأن هو إختصاص عام وشامل بنظر الطعون التى حددها المشرع فيما يصدر عن أجهزة نقابة المحامين ولجانها ومجالسها من قرارات يجوز الطعن فيها مثل القرارات الصادرة من لجنة قيد المحامين بالجدول العام والجدول النوعية وقرارات إسقاط

عضوية أعضاء مجلس النقابة وقرارات نقل أسماء المحامين إلى جدول المحامين غير المشتغلين ومحو أسمائهم من الجداول والقرارات التأديبية الصادرة ضدهم وإغفال إدراج إسم أحد المحامين لعضوية مجلس النقابة من قائمة المرشحين والقرارات الصادرة من الجمعية العمومية للنقابة والظعن فى تشكيل النقابة وغير ذلك من القرارات المتعلقة بالنقابة .

القرارات التى تصدر من مجلس النقابة سواء برفض إدراج طالب الترشيح بالقائمة أو بإدراجه تختص بنظر الطعن فيها محكمة إستئناف القاهرة .

أساس ذلك أن هذه القرارات تتعلق بمرحلة الترشيح وهى مرحلة منفصلة عن مراحل العملية الانتخابية .

لا يسوغ التفريق بين القرار السلبى الذى يصدر باستبعاد إدراج إسم طالب الترشيح من قائمة المرشحين والقرار الإيجابى بقيد إسمه ومقر اختصاص محكمة إستئناف القاهرة على الطعن فى القرار الأول دون الثانى تدرعاً بنص المادة (١٧٢) من الدستور التى قررت لمجلس الدولة الولاية العامة على المنازعات الإدارية .

أساس ذلك أن القرار فى كلتا صورتيه من طبيعة واحدة ذلك أن قبول إدراج إسم المرشح فى القائمة أو رفضه هما وجهان للقرار الذى يصدر من مجلس النقابة بوصفه إقصاحاً عن إرادته فى شأن مدى استيفاء طالب الترشيح لشروط الترشيح لمجلس النقابة .

مؤدى ذلك إنعقاد الاختصاص بنظر الطعن فى هذا القرار عن أى من وجهيه بجهة القضاء المدنى (العادى) .

(الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٣١ ق)

(٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

جلسة ١٩٨٦/٣/٨

نزع الملكية للمنفعة العامة - إجراءات ايداع لنماذج
- أثره - مفاد نص المادتين ٩ ، ١٠ من القانون رقم
٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة
العامة أو التحسين معدلا بالقانون رقم ١٣ لسنة
١٩٦٢ أن المشرع حرص على نقل ملكية العقارات
للمنفعة العامة بالطريق الطبيعي كلما أمكن ذلك .

إذا لم يعترض أصحاب الشأن على نقل ملكية
عقاراتهم أو حقوقهم عليها أو قيمة التعويض المقرر
لهم يوقع كل منهم على النموذج الخاص بالبيع وتودع
هذه النماذج مكتب الشهر العقاري المختص .

إذا امتنع أصحاب الحقوق عن التوقيع بنزع ملكية
العقارات المخصصة للمشروع بقرار من الوزير المختص
يودع مكتب الشهر العقاري .

يترتب على الإيداع جميع الآثار المترتبة على شهر
عقد البيع إذا لم تودع النماذج أو القرار الوزاري
المشار إليه خلال سنتين من تاريخ نشر القرار في
الجريدة الرسمية يسقط مفعول القرار ويعتبر كأن لم
يكن .

المادة ٢٩ مكرراً من القانون المشار إليه أوردت
تحفظاً مؤداه أن قرارات النفع العام لا تسقط رغم عدم
إيداع النماذج خلال الأجل المشار إليه إذا كانت
العقارات المطلوب نزع ملكيتها قد أدخلت فعلاً في
مشروعات تم تنفيذها .

مؤدى ذلك أنه تجوز المجادلة في مدى تنفيذ
المشروع الذي صدر من أجله قرار النفع العام شريطة

ألا تكون نماذج نقل الملكية أو القرار الصادر من
الوزير المختص قد أودعت مكتب الشهر العقاري .

أساس ذلك أن بمجرد الإيداع تزول حقوق أصحاب
الشأن على العقارات المنزوعة ملكيتها .

(الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٣٠ ق)

(٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

جلسة ١٩٨٦/٦/١٤

إختصاص - مايدخل في إختصاص مجلس الدولة
قرارات المدعى العام الإشتراكي .

(المادة ٢١) من قانون حماية القيم من العيب
الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ .

ولاية محكمة القيم في نظر التظلمات التي ترفع
إليها من قرارات المدعى العام الإشتراكي بالاعتراض
على الترشيح لرئاسة أو عضوية الجهات المشار إليها
بالمادة ٢١ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ تقف عند
حد الفصل في التظلم دون أن تصدر حق صاحب الشأن
في مخاصمة القرار أمام مجلس الدولة بإعتباره القاضى
الطبيعى لنظر هذه المنازعة .

أساس ذلك عدم وجود نص يحجب اختصاص مجلس
الدولة بنظر هذه المنازعة فضلاً عن أن التظلم إلى
محكمة القيم من هذه القرارات تنحصر عنه صفة الطعن
المقابل أو الموازى .

أساس ذلك - أن اختصاص محكمة القيم يقصر عن
القضاء للمظلم بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وعن
القضاء له بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر
بسبب هذا القرار .

على أن الإتهام المنسوب للطاعن وهو طلبه تحرير عقد بيع باسم زوجته بثمن بخس بالنظر إلى قيمة الأرض محل العقد مقابل إعادة إجراءات الاستبدال للأرض رغم عدم إختصاصه بذلك مما يمثل جريمة رشوة وهو ثابت فى حقه بشهادة الشهود .

تأكد للمحكمة يقيناً أن الشهود والذين زعموا أن الطاعن سعى إلى عملية الاستبدال هم أقارب البائع والشاكي فجميعهم من عائلة واحدة ، كما أنه لم يثبت على الإطلاق وبديل قاطع صحة الاتهام المنسوب للطاعن بل الثابت من الاقرار على ظهر عقد البيع أن البائع هو الذى سيقوم بإجراءات الاستبدال وهذا الإقرار مؤرخ ١٩٨٤/٧/٤ وفى هذا التاريخ حسيما هو ثابت من الأوراق لم يكن الطاعن بمصر هذا فضلا عن سذاجة أقوال الشهود من أسرة البائع بشأن حمل الطاعن لهدايا لمستول بهيئة الأوقاف بمصر كل ذلك يقطع ببراءة الطاعن مما نسب إليه ويكون الحكم المطعون فيه قد جانبه الصواب حين قضى بغير ذلك كما يكون الطعن المائل له سنده الصحيح من الواقع والقانون مما يتعين معه إلغاء الحكم الطعين والقضاء ببراءة الطاعن مما نسب إليه .

(الطعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٣٧ ق ج)

(٧)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الرابعة

جلسة السبت

١٩٩٤/٥/٢٨

حيث أن وجيز الطعن يخلص من أن النيابة الإدارية أقامت الدعوى التأديبية ضد الطاعن والذي يعمل

مؤدى ذلك أن التظلم من هذه القرارات التى يصدرها المدعى العام الاشتراكى أمام محكمة القيم لا يعتبر طريق طعن مواز .

لا يفيد من ذلك ما نصت عليه المادة (٢١) من أن تفصل المحكمة فى التظلم على وجه السرعة وتصدر حكمها فى شأنه قبل الصعود المحدد لإجراء الانتخابات بأسبوع على الأقل أساس ذلك أن عبارة (الحكم فى التظلم) لا تجاوز فى مدلولها سوى الفصل فى التظلم أما الحكم فلا يصدر إلا فى خصومة قضائية طبقاً لأصول وقواعد وإجراءات محددة من شأنها إتاحة الفرصة لذوى الشأن لإبداء دفعهم ودفاعهم وهو ما لا يتوافر فى شأن التظلم .

(الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣٠ ق)

(٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الرابعة

جلسة ١٩٩٤/٤/٢٣

إذا كان الطاعن وهو يعمل بمنطقة أوقاف المحلة الكبرى التابعة لهيئة الأوقاف المصرية بمحافظة الغربية وكان يشغل الدرجة الثانية وقد قدمته النيابة الإدارية الى المحكمة التأديبية تأسيساً على أنه طلب من أحد الأشخاص أن يبيعه لزوجته مساحة ٣ر٥ قيراط ضمن المساحة التى يستأجرها من هيئة الأوقاف وذلك بثمن بخس بما لا يتناسب مع الثمن الحقيقى مقابل إنجاز مازعمه من قدرته على إستبدال الأرض المشار إليها للمتفعين بها .

قضت المحكمة أول درجة بمجازاته بالوقف عن العمل لمدة ثلاث شهور مع صرف نصف الراتب تأسيساً

تكون المحكمة التأديبية إذ الثابت قضاها على الأخذ بهذه الأقوال تكون قد استخلصت النتيجة استخلاصاً سائفاً من أصول تقصها مادياً وقانوناً .

ومن حيث أن ما ثبت من جانب الطاعن بتوجيه تلك الألفاظ إلى وكيل الوزارة وهو الرئيس العام للمعلمين بالتربية والتعليم بالمحافظة فمن ثم يكون الطاعن تجاوز حدود الأدب واللياقة في مخاطبة الرؤساء والواجب عليه إحترامهم وتوقيرهم بما يشكل في حقه مخالفة تأديبية تستوجب مجازاته عنها .

وحيث أن الثابت أن ما نسب الى الطاعن لا يخرج عن التعدي باللفظ على وكيل الوزارة المذكور باعتد بأنه ظالم ومفترى ولم يتعد الأمر أكثر من ذلك وكان ذلك بمناسبة رفض الأخير رفع الجزاءات الموقعة على الطاعن أي أن ما وقع من الطاعن يعتبر في حقيقته نوعاً من الاحتجاج وإن كان قد تجاوز اللياقة والكياسة في العرض فمن ثم وفي ضوء ذلك فإن جزاء الخصم لخمسة عشر يوماً من راتب الطاعن يعد مغالى في تقديره ولا يغير من ذلك سبق إرتكاب الطاعن لوقائع مماثلة مع أشخاص آخرين ذلك أنه أياً ما كان ذلك يظل الجزاء المقضى به مغالى فيه وذلك في ضوء الظروف التي لا يست إحتكاك الطاعن بوكيل الوزارة ويتعين لذلك تخفيض الجزاء إلى الحد الذي يتناسب مع الثابت في حق الطاعن .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه بتخفيض الجزاء المقضى به ليكون بخمسة خمسة أيام من راتب الطاعن .

(الطعن رقم ١٦٩٨ لسنة ٣٩ ق.ع)

مدرساً بالدرجة الثانية حال كونه لم يحافظ على كرامة وظيفته وسلك مسلكاً لا يتفق والاحترام الواجب وبأن تعدى على رئيسه والذي يعمل وكيل وزارة التربية والتعليم في مقر عمله وأثناء تأدية العمل الرسمي وسبه .

وحيث أصدرت المحكمة التأديبية ببيور سعيد حكمها الطعين والذي قضى بخمسة عشر يوماً من الراتب الشهري للطاعن تأسيساً على أن تحقيقات النيابة الإدارية وما شهد به الشهود من أن الطاعن قد تلفظ بالألفاظ النابية والتي يعاقب عليها قانوناً ضد رئيسه (وكيل الوزارة) . فضلاً عن أنه اعترف في أقواله بأنه وجه هذه العبارة للمذكور وذلك في معرض طلبه رفع الجزاءات السابق توقيعها عليه ، كما أن الحكم المطعون فيه قد رأى توقيع الجزاء الشديد في ضوء الثابت من سبق إرتكابه مخالفات مماثلة جوزى بشأنها .

وحيث أن المستقر عليه أن المحكمة التأديبية إنما تستخدم الدليل الذي تقيم قضاها من الوقائع التي تظمن إليها دون معقب عليها في هذا الشأن مادام هذا الامتناع قائماً على أصول موجودة وغير منتزعة من أصول لا تنتججه وأنه متى ثبت أن المحكمة التأديبية قد إستخلصت النتيجة التي إنتهت إليها استخلاصاً سائفاً من أصول مادية تنتجها مادياً وقانونياً وتكيفها تكييفاً سليماً وكانت هذه النتيجة بدءاً إقتناعها الذي بنت عليه قضاها فإنه لا يكون هناك محل للتعقيب عليها .

وحيث أن الثابت من أقوال الشهود متقدمة الذكر توجيه الطاعن لوكيل الوزارة العبارات الجارحة والمعاقب عليها قانوناً وهو ما أقر به الطاعن نفسه صراحة بالتحقيق الذي أجرته النيابة الإدارية فمن ثم

(٨)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الرابعة

جلسة السبت

١٩٩٤/٧/١٦

ثبوت الواقعة في حق الطاعن حيث قدم للمحاكمة التأديبية وصدر الحكم المطعون فيه بمجازاته .

وحيث أن الشايت من الأوراق أن الطاعن قد وقع على استمارات جرد العهدة الذي تم بمعرفة اللجنة المشكلة لهذا الغرض بما يفيد إقراره بما في ذلك الاستمارات من مخزن أصناف العهدة المسلمة إليه تأمين للمخازن .

وحيث أنه متى كان المعجز ثابتاً بيقين في عهدة الطاعن وقت إجراء الجرد ودون أن يسره وقتها سوى بأنه لم يتسلمه من مخازن المديرية بالمخالفة لما هو ثابت بالأوراق من دخولها المخزن ، كما لم يبرره فيما بعد إلا بدعوى أن المخزن الفرعي قد كسر وقلت من قيمته حال أن ما أسماه مخزناً فرعياً لم يكن سوى مجرد غرفة بها بعض مهملات المخزن من أصناف ليس منها ما ثبت المعجز فيه وأنها قد فتحت بمعرفة لجنة بعد إبلاغ الشرطة ، ومن ثم فإن المحكمة وبغض النظر عن منازعة الطاعن في تقييم هذا المعجز تطسّن إلى صحة واقعة وجود عجز في عهدة الطاعن .

ومن حيث أنه متى كان ما تقدم فإنه لا تشريب على الحكم الطعين فيما تضمنته أسبابه من صحة واقعة العجز في عهدة الطاعن فيما قضى به منطوقه من جزاء مناسب ويكون الطعن عليه قد استند إلى غير سبب سليم خليقاً بالرفض .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ويرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٥ - ق) .

حيث أن وجيز المنازعة يخلص في أن النيابة الإدارية كانت قد أقامت دعوى رقم ١٣٣ لسنة ١٥ ق أمام المحكمة التأديبية بأسبوط تأسيساً على أن الطاعن والذي يشغل وظيفة أمين مخازن (حالياً بالمعاش) لم يؤد العمل المنوط به بدقة ولم يحافظ على ممتلكات الوحدة التي يعمل بها وخالف القواعد والأحكام الصالية والمخزنية بأن أهمل الحفاظ على العهدة المسلمة إليه بسبب وظيفته مما ترتب عليه وجود عجز مالي كبير .

وحيث أنه بجلسته ١٩٨٨/١١/١٢ قضت المحكمة التأديبية بأسبوط بمجازاة الطاعن بغرامة تعادل أجره الاساسي الذي كان يتقاضاه في الشهر عند إنتهاء الخدمة وأقامت المحكمة قضاها على أساس ما شهد به أعضاء لجنة الجرد والتسليم وكذا أقوال أمناء المخازن الجدد بأنه قد تم حصر جميع العهد الموجودة بالمخازن على الطبيعة وأنه لا وجود لعهد لم يتم حصرها ، بالإضافة إلى أنه لم يرشد لجنة الجرد إلى أي مكان آخر به عهدة .

وحيث أن الشايت من الأوراق أن النيابة الإدارية قد أجرت تحقيقاً بشأن ما نسب إليه من عجز في عهده عند إحالته للمعاش وذلك بمعرفة اللجنة التي شكلتها الإدارة التعليمية بأسبوط وإنتهت النيابة الإدارية إلى

(٩)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الرابعة
جلسة السبت
١٩٩٤/٧/١٦

أما المخالف الثاني فترى المحكمة الاكتفاء بخفض الأجر في حدود علاوة .

وحيث أن الثابت أن الطاعن قد حرر محضر العجز وقد ثبت من التحقيقات التي أجرتها النيابة العامة عدم صحة هذا المحضر ومخالفته للحقيقة والواقع حيث أن السيدة المذكورة لا تقيم بهذه القرية وأنها تقيم مع ابنها بالقاهرة منذ مدة طويلة .

وحيث أن ما قام به الطاعن يشكل مخالفة بالغة الجسامة وخيانة منه لأمانة العمل المنوط به وإستهتار بكرامة وأمن الانسان وإعتداء على حريته مما يستوجب أخذه بالشدة زجراً له وردعاً لغيره من أمثاله الذين لا يعرفون للانسان حقه وكرامته وحرمة وأن جرمه هذا الذي كان أساس وسبب إجراء التدبير وبالتالي فإن فعل الطاعن الثابت في تحريره محضر العجز كاف وحده وهو على هذا القدر من الجسامة لتوقيع الجزاء الذي أوقعه القرار المطعون فيه فيما يكون معه القرار المطعون فيه قد قام على أسبابه الصحيحة وجاء متفقاً وحكم القانون .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرئته موضوعاً .

(الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٥ ق)

(١٠)

المحكمة الإدارية العليا
الدائرة الرابعة
جلسة السبت
١٩٩٤/٨/٦

حيث يخلص وجيز المنازعة في أن النيابة الإدارية قدمت الطاعن وآخرين إلى المحكمة التأديبية

حيث أن عناصر المنازعة تخلص من أن أحد الموظفين فوجيء باتهام والدته في جنحة تهديد ، وبالباحث تبين له أنه تم العجز على بعض المتقولات بمنزله ومخاطبتها شخصياً أثناء العجز ونسبت إليها بصمة على ذلك المحضر المقدم في التحقيق الذي تم إجراؤه بمعرفته وقرر أنه يطعن بالتزوير على محضر العجز والتهديد .

وحيث أجرت النيابة العامة تحقيقاً في البلاغ وانتهت إلى إسناد جنائتي التزوير والاستعمال إلى الطاعن وزميله ولكنها اكتفت بمجازاتهما إدارياً حيث أحيلتا إلى مجلس تأديب .

وحيث أنه قد صدر القرار المطعون فيه من مجلس تأديب العاملين بمحكمة دمنهور الابتدائية بمجازاة الطاعن بالإحالة إلى المعاش والآخر بخفض أجره في حدود علاوة ، وأقسام قضاءه على أن الثابت من تحقيقات النيابة أن ما إقترفه المذكور أن يعد خروجاً وإخلالاً على مقتضيات وواجبات وظيفتهما التي تفرض عليهما الأمانة والدقة لما للعمل المكلفان به من أهمية بالغة وأن مانسب إليهما في جهة العمل المنتسبان إليه والمفروض في الجهاز المعاون للقضاء والنيابة أن يكون على مستوى الأمانة والشرف لما لهما من مكانة وقدرسية عالية ونظراً لظروف المخالف الأول العائلية التي تقدرها المحكمة وإن كانت ليست مبرراً للخطأ وإقتراب عمره من الخامسة والخمسين مما يكون في إحالته إلى المعاش خير جزاء له زجراً وردعاً لغيره .

التي لا داع لها ، كما أقر أيضاً بأنه رفض الاشتراك في اللجنة التي شكلها المحافظ لسحب المشروع من الشركة التي كانت قد تعاقدت على ذلك المشروع فعلاً ذلك بأن رئيس اللجنة أحدث منه وتوجد خلافات بينهما في العمل وتم تسليمه بأنه ليس عضواً بها ولكن يقتصر دوره على تقديم الإيضاحات لأعضاء اللجنة والرد على إستفساراتهم .

وحيث أنه يخلص مما تقدم أن جميع المخالفات التي أدانتها المحكمة التأديبية ثابتة في حقه وأن صراعه وخلافاته مع رؤسائه وزملائه في العمل قد أدت به إلى ارتكاب هذه المخالفات فضلاً عن إنشغاله بتوجيه الاتهامات الى هؤلاء والتشكيك في ذمتهم وواجباتهم الوظيفية وإذا إنتهت المحكمة التأديبية بالمنصورة إلى ذلك فوقع جزاء عقابياً على الطاعن عن المخالفات التي ارتكبها فإن حكمها يكون قد حرر على سند صحيح من الواقع والقانون على خلاف الظن المائل الذي يكون جديراً بالرفض .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الظن شكلاً ورفضه موضوعاً .

(الظن رقم ٢٨٩٢ لسنة ٢٤ ق ع)

(١١)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الاولى

دائرة منازعات الافراد والهيئات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٦

إقامة المطعون ضدها بناها دون مراعاة المسافة القانونية المقررة للطرق الرئيسية فإنها تكون قد خالفت

بالمنصورة وحيث إتهمته بأنه لم يحضر اللجنة المشكلة برئاسة لجرد تشوينات إحدى الشركات مما أدى إلى تعطيل عمل اللجنة كما رفض الاشتراك في اللجنة المشكلة بقرار من المحافظ لجرد مشروع المساكن الجاهزة بهدف عرقلة أعمال اللجنة بالإضافة إلى إنقطاعه عن عمله لمدة تجاوز خمسة وعشرون يوماً بدون إذن وأيضاً أتهم بأنه صرف مبالغ للشركة بدون وجه حق بلغت مجموعها نصف مليون جنيه .

وحيث أنه بجلسته ١٩٨٨/٥/٢٢ قضت المحكمة التأديبية بحكمها الذي تضمن مجازاته الطاعن عن هذه المخالفات السالفة بالخصم من أجره لمدة شهرين تأسيساً على أن المخالفات المذكورة ثابتة في حق الطاعن من أوراق الدعوى وشهادة الشهود وإعتراف الطاعن في التحقيقات التي أجريت معه ، أما مخالفة انقطاعه عن العمل فقد برأته منها المحكمة بعد أن تبين منها عدم صحتها . وقد نوهت المحكمة إلى أنه قد تم بحث جميع أوجه دفاع الطاعن من قبل جهة عمله ثم أثنأ ، التحقيق معه بمعرفة النيابة الإدارية كما بحثتها تفصيلاً المحكمة أثنأ محاكمته أمامها .

وحيث أن المذكرة المقدمة من النيابة الإدارية قد وردت بها أن المخالفات المنسوبة للطاعن ثابتة في حقه بالأوراق التي حفل بها ملف الدعوى وشهادة الشهود وإعتراف الطاعن بل أن المخالفة التي إشتراك في ارتكابها مع آخرين ثابتة هي الأخرى في حقه بحكم أنه كان مدير المشروع ووقع على مستخلصات الصرف شاملة المبالغ التي وقعت بالزيادة عما هو مستحق للشركة . وقد طلبت النيابة الإدارية الحكم برفض الظن .

وحيث أن الطاعن أقر في التحقيقات التي أجرتها النيابة الإدارية بعدم حضوره إجتماع لجنة الجرد مبرراً بذلك بأنه والجهاز الذي يتبعه يمكن القيام بعمل اللجنة

(١٢)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٠

حيث أن مفاد نصوص المواد ٥ و ٩ و ١٨ من القانون رقم ١٢ لسنة ٨٤ بشأن إصدار الرى والصرف ، أن الترع العامة وجسورها والأراضى والمنشآت الواقعة بين تلك الجسور تعد من الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف وإذا كانت الفقرة الأخيرة قد استثنت من ذلك كل أرض أو منشآت تكون مملوكة ملكية خاصة للدولة أو مملوكة لغيرها إلا أن هذا الاستثناء وارد على خلاف قرينة قانونية بإعتبار الترع وجسورها وجميع الأراضى الواقعة بين الجسور من الأملاك العامة منوط بإثبات الملكية الخاصة للدولة أو لغيرها للأراضى أو المنشآت الواقعة فى حدود تلك الأملاك العامة أى أن عبء الإثبات والحالة هذه ملقى على عاتق من يدعى أنه يملك ملكية خاصة لأرض أو منشآت داخل حدود الأملاك العامة المشار إليها فإن لم يثبت بدليل قانونى قاطع وجود ملكية خاصة داخل هذه الأملاك العامة فالأصل هو ماقرره القانون من إعتبار مسجى الترع وجسورها وجميع الأراضى الواقعة بين الجسور من الأملاك العامة .

كما أن المشرع قد حظر إجراء أى عمل فى هذه الأملاك العامة ذات الصلة بالرى والصرف دون ترخيص بذلك من وزارة الرى وإلا إعتبر تعدياً على منافع الرى والصرف وكان لمدير عام الصرف والرى إزالة التعدى بالطريق الإدارى وكذلك فإن المشرع فى المادة الخامسة

أحكام قانون الطرق العامة لأنه عند إقامة البناء المخالف فى عام ١٩٨٧ كان قد صدر قرار وزير النقل والمواصلات رقم ١٢٤ فى ١٩٨٦/١٢/١ بإعتبار الطريق العام الموصل من قويسنا إلى زفتى ماراً بحنون من الطرق الرئيسية ، ومن ثم فإنه كان من المتعين على المطعون ضدها أن تترك مسافة الارتداد القانونية المقررة للطرق الرئيسية ومقدارها ٢٥ متراً عند الشروع فى إقامة المباني المزمع إقامتها .

وحيث أنه لا وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون ضدها عند إقامتها البناء كان الطريق حنون /قويسنا طريقاً إقليمياً وليس طريقاً رئيسياً ذلك أنه فى تاريخ إقامة البناء عام ١٩٨٧ كان قد صدر قرار وزير النقل والمواصلات منذ عام ١٩٨٦ بإعتبار الطريق المذكور سلفاً من الطرق الرئيسية وأن القرار المشار إليه قد تضمن فى مادته الثانية تعديل الخراط والكشوف الواردة بقرار وزير النقل رقم ٨١ لسنة ١٩٦٧ الذى إستند اليه الحكم المطعون فيه .

وترتيباً على ما تقدم فإن المطعون ضدها إذ أقامت مبناها سالف الذكر دون مراعاة المسافة القانونية الواجب تركها عند البناء على الطريق الرئيسى ، فإنها تكون مقامة على نحو غير صحيح قانوناً ويكون القرار المطعون فيه الصادر بإزالتها صدر متفقاً مع القانون ويضحي طلب وقف التنفيذ فاقداً لركن الجدية ومتعيناً رفضه ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى بغير ذلك فإن قضاؤه يكون غير قائم على سند صحيح .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وألزم المطعون ضدها المصروفات .

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٣٥ ق.ع)

رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنته من الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على الأرض الفضا - الواقعة بالقطعة رقم ٣١ شارع اسماعيل كامل بحلوان وعدم الإعتداد بقرار طرح عملية بيع وهدم مباني العقارين رقمي ٣١ و ٤٠ بالشارع المذكور ، وطلان إجراءات المزايدة والترسية .

قضت محكمة القاهرة للأمر المستعجلة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وبأحالتها بحالتها إلى محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة .

استندت هيئة قضايا الدولة في ردها على الدعوى بمقولة أنه يكفي أن يصدر قرار بالمنفعة العامة وأن تستولي الجهة الإدارية على العقار المراد نزع ملكيته وتضع يدها عليه بالفعل دون حاجة لاتخاذ إجراءات نزع الملكية وأنه بتطبيق ذلك على الوقائع السائلة ، بالإضافة إلى أن وزارة الترسية والتعليم تضع يدها فعلاً على القارين محل النزاع وتشغلها بالطلاب وأنها في حوزتها وصدر قرار بإعتبارهما منفعة عامة ومن ثم فلا حاجة لجهة الإدارة لاتخاذ إجراءات نزع الملكية .

وقد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها المطعون فيه والذي قضى بإلغاء القرار المطعون فيه وإنشئت فيه إلى أن التكييف الحقيقي للطلبات المدعين هو طلب الحكم بإلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنته من اعتبار المشروعين محل الدعوى من أعمال المنفعة العامة والاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على هذين العقارين وتشفلها كمدرستين الأمر الذي تنتفي معه العلة من تقرير صفة النفع العام والاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر طالما أن الغرض الذي تهدف إليه الجهة الإدارية متحققاً فعلاً بطريق التعاقد بالإيجار خاصة وأن ما تزعمه الجهة الإدارية من أن سلاك العقارين أنذروهما بالإخلاء مما يزدى إلى تشريد آلاف الطلاب

قد جعل الأراضي المملوكة ملكية خاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو المملوكة للأفراد والمحصورة بين جسور الترع العامة وكذلك الأراضي الواقعة خارج منافع الترع لمسافة عشرين متراً قد حملها بقيود ، منها أنه لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الري إجراء - أي عمل بالأراضي المذكورة .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه ويرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه أُلزمت المطعون ضده المصروفات .

(الطعن رقم ٢٨٢١ لسنة ٢٥ ق-ع)

(١٣)

المحكمة الإدارية العليا الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٧

إذا كان المطعون ضدهم قد أقاموا دعوى أمام محكمة القاهرة للأمر المستعجلة طلبوا في ختامها الحكم بصفة مستعجلة أصلياً بعدم الإعتداد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ وإعتباره كأن لم يكن وعدم الاعتداد بقرار طرح عملية بيع وهدم مباني العقارين الموضحين بالصحيفة في مزايدة وطلان جميع إجراءات المزايدة والترسية وتمكينهم من تسلم المباني المذكورة لهدمها بمعرفتهم وإحتياطياً عدم الإعتداد بقرار رئيس مجلس الوزراء

السييل فإن أمكن تحقيقه بالوسائل المعتادة مثل التعاقد إجبارياً أو بيعاً فإن تلك الوسائل تكون هي الواجبة الاتباع . ولا يغير ما تقدم ما ساقه الحكم المطعون فيه من أن الجهة الإدارية بعدما أصدرت قرارها المطعون فيه أعلنت عن مزايمة عامة لهم مبانى العقارين محل النزاع وهو ما يكشف عن الهدف الحقيقي من القرار المطعون فيه وهو مجرد الاستيلاء على هذه المساحة الضخمة بأقل ثمن ممكن لأن ذلك مردود عليه بأنه فضلاً عن أن الثابت من الأوراق أن المزايدة التى أعلن عنها كانت مزايمة عامة لهم بعض المباني التى تشغلها العديد من المدارس بمناطق مختلفة بالقاهرة وأنه بالنسبة للمدرستين الكائنتين بالعقارين محل النزاع لم يعلن إلا عن هدم جناحين منها فقط ومن ناحية أخرى فإن الثابت من الأوراق أن المباني التى تشغلها المدرستين مبان قديمة وآيلة للسقوط وهو ما أفصح عنه المطعون ضدهم .

وحيث أنه يخلص من كل ما تقدم إلى أن القرار المطعون فيه صدر بقصد تحقيق منفعة عامة وأن الأوراق تخلو من أن الجهة الإدارية تنكبت وجه المصلحة العامة فى إصداره أو اتخذهت بباعث منبت الصلة بها وأنها إذ اتخذهت بما لها من سلطة فى تحديد العقارات التى يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة وما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراسة فإن القرار يكون قد صدر صحيحاً ولا وجه للنعى عليه .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض دعوى المطعون ضدهم وألزمتهم المصروفات .

(الطعن رقم ٢٥٩٧ لسنة ٣٤ ق.ج)

هو أمر لم يتم عليه دليل فى الأوراق ، كما أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تلجأ إلى إصدار القرارات الادارية أو تنفيذها بالطريق المباشر ، تحايلاً وتهرباً من تنفيذ أحكام قضائية ضدها .

إذ الثابت من الأوراق أن حكماً صدر بإخلاء مبانى العقارين محل النزاع وتأييد هذا الحكم استئنافياً مما ينبىء عن أن الجهة الإدارية قصدت بإصدارها للقرار المطعون فيه تعطيل تنفيذ الحكم عند رغبة المدعين فى تنفيذه .

وإنه ولئن كانت للجهة الإدارية سلطة تقديرية فى اختيار موقع العقار الذى تقرر نزع ملكيته للمنفعة العامة إلا أن ذلك مقيد بتوخى المصلحة العامة وعدم إساءة استعمال السلطة وفى الحالة الماثلة فإن الجهة الإدارية كان يمكنها أن تحصل على ما تريده من أراضى الدولة الموجودة بمنطقة حلوان أو بالشراء من الأفراد دون حاجة الى المساس بالملكية الخاصة للمدعين .

وحيث أن حق الملكية الخاصة من الحقوق الفردية الأساسية التى حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة على النص على حمايتها وعلى أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى وإنه لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض .

وإذا كان الشرح فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد أجاز نزع الملكية فقد حرص على أن يحيط نزع الملكية للمنفعة العامة بسياج من الاجراءات القانونية الجوهرية التى تكفل تحقيق الغرض من نزع الملكية بحسبان أن ذلك طريقاً استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه إلا حيث لا يمكن تحقيق الغرض من المشروع بغير هذا

(١٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١١/٢٧

برسالة المساجد ويفسح الطريق لتبني البدع والخرافات خصوصاً وأن مايقال فوق منابر المساجد إنما يقال باسم الله ، لذلك فإن الأمر يقتضى وضع نظام للإشراف على هذه المساجد بحيث يكفل تحقيق الأغراض العليا من التعليم الدينى العام وتوجيه النشئ ، وحمايتهم من كل تفكير دخيل .

وقد رأى أن تتولى وزارة الأوقاف إدارة جميع المساجد سواء صدر بوقفها إشهار أم لا .. حتى تنتظم مع مساجد الوزارة فى أداء واجبها الدينى على نحو سليم .

وحيث أن الدولة إدراكاً لرسالتها فى دعم التوجيه الدينى فى البلاد على وجه محكم وتأكيداً لمسئوليتها فى التعليم والإرشاد وما يتطلبه ذلك من وضع سياسة عامة لجميع المساجد والزوايا فى كافة أرجاء الدولة .

وإذ كان مقتضى تنفيذ وزارة الأوقاف للمهمة الملقاة على عاتقها بموجب القانون المشار إليه أن تبادر الوزارة بإستلام جميع المساجد القائمة آنذاك وكان تنفيذ هذه المهمة يقتضى توافر المال اللازم لذلك وأن حل هذه المساجد إن لم يكن لها موارد ينفق عليها منها وأن الصرف عليها سيكون مسا يمنح لوزارة الأوقاف ومن ثم فقد راعى القانون النص على أن يتم تسليم المساجد خلال عشر سنوات وهذا الميعاد هو ميعاد تنظيمى قصد به افساح المجال حتى تتمكن الوزارة من توفير المال اللازم الذى يتطلبه تنفيذ القانون وبناء على ذلك ، فلا تشريب على وزارة الأوقاف فى القيام فى أى وقت بتسليم أى عدد من المساجد سواء ما كان منها قائماً وقت العمل بالقانون وما يقام منها بعد ذلك طبقاً لما يتوفر لديها من إعتبارات مالية لإدارتها حسبما يمليه عليها القانون ودون أن تقيد فى هذا الشأن بمدة العشر سنوات سالفة الذكر ويكون تصرف الوزارة فى هذا الشأن مشروعاً ومتفقاً مع أحكام القانون .

صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٦٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها وينص فى المادة (١) منه على أن يضاف إلى المادة (أ) من القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فقرة أخيرة مؤداها « كما تتولى وزارة الأوقاف إدارة المساجد سواء صدر بوقفها إشهار أم لم يصدر على أن يتم تسليم هذه المساجد خلال مدة أقصاها عشر سنوات تبدأ من تاريخ العمل بهذا القانون ويكون للوزارة الإشراف على إدارة هذه المساجد إلى أن يتم تسليمها وتولى أيضاً الإشراف على إدارة الزوايا التى يصدر بتحديدتها قرار من وزير الأوقاف وتوجيه القائمين عليها لتؤدي رسالتها الدينية على الوجه الصحيح » .

وحيث ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لكى يتم التوجيه الدينى فى البلاد على وجه محكم فإن الأمر يقتضى وضع سياسة عامة لجميع المساجد والزوايا فى المدن والقرى تستهدف بقاء المادة العلمية وسلامة الوجهة التى يعمل لها الخطباء والمدرسون ، وقد لوحظ أن عدداً كبيراً من المساجد لا يخضع لإشراف وزارة الأوقاف وهذه المساجد يسيطر عليها الإرتجال ويترك شأنها للظروف ، ولا يوجد بها من يحمل مسئولية التعليم والإرشاد ، ولما كان بقاء هذه الحال قد ينقص من قيمة التوجيه الدينى ويضعف الثقة

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه
موضوعاً وألزمت الطاعن بالمصروفات .

(الطعن رقم ١٩٤٦ لسنة ٣٥ ق-ج)

(١٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الـ واحد

١٩٩٤/١١/٢٧

والبوابة المشار إليهما تنفيذاً للقرار المطعون فيه
وتحرر بذلك المحضر رقم ٨٥٧٦ إداري حقائق القبة
الأمر الذي يتظاهر على أن القرار المطلوب وقف تنفيذه
قد تم تنفيذه بالفعل في تاريخ سابق على أول جلسة من
الجلسات التي عينتها المحكمة لنظر طلب وقف
التنفيذ وهي جلسة ١٩٨٩/٤/٦ الأمر الذي ينتفى معه
محل طلب وقف التنفيذ وسنده حيث لم يلق بعد تمام
الإزالة محلاً لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بزوال
المحل المطلوب وقف تنفيذه وإنتفاء الاستعجال
الموجب لتوقي النتائج التي يتعذر تداركها في حالة
التنفيذ وذلك بوقوع المحذور وتام تنفيذ الأمر الذي
تنتهي معه المحكمة من طلب وقف التنفيذ دون
التمسك بحقه في الطعن بالإلغاء أو التعويض إن كان
لذلك محل .

ومن حيث أنه ترتيباً على ما تقدم - يكون طلب
وقف تنفيذ القرار المطعون فيه - فاقداً لركن من
أركانه وهو الاستعجال الأمر الذي يتعين معه القضاء
برفضه إذا انتهجت المحكمة غير هذا المنهج وقضت
بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه استناداً إلى توافر ركن
الاستعجال رغم ثبوت الإزالة بموجب نحو شرطة المرافق
المشار إليه والوارد بحفاظة مستندات الحكومة
المطروحة عليها بـ جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ فإنها تكون
قد أخطأت في تطبيق القانون وجعلت حكمها متزعماً
من أصول لا تنتج مادياً ولا قانوناً مما يتعين معه
- والحال هذه - القضاء - بإلغاء الحكم المطعون فيه
فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه
والقضاء - برفض طلب وقف التقيد .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع
بالغاء الحكم المطعون فيه ويرفض طلب وقف تنفيذ
القرار المطعون فيه وألزمت المطعون ضده
المصروفات .

(الطعن رقم ١٤٤٩ لسنة ٣٦ ق-ج)

سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء
ومتفرعة عنها ومرد كل منهما إلى الرقابة القانونية
التي يسلطها القضاء الإداري على القرارات الإدارية
على أساس وزنها بميزان المشروعية فأوجب على
القضاء الإداري ألا يوقف قراراً إدارياً إلا إذا تبين له -
بحسب الظاهر من الأوراق ودون التمسك بطلب الإلغاء
توافر ركنين أساسيين أولهما قيام حالة الاستعجال بأن
يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها ،
وثانيهما يتصل بمبدأ المشروعية بأن يكون إدعاء
الطالب بحسب الظاهر من الأوراق قائماً على أسباب
جدية وكلا الركنين من الحدود القانونية التي تحت
سلطة المحكمة في وقت تنفيذ القرار الإداري وتخضع
في ذلك لرقابة المحكمة الإدارية العليا فإذا كان البادي
من الأوراق أنه بتاريخ ١٩٨٨/١٠/٨ صدور القرار
المطعون فيه متضمناً إزالة التعديلات الواقعة في ضوابط
التنظيم بالأرض الغضاء على ناصية شارعى البشرى
والخليج المصرى وهي عبارة عن بناء سور من الطوب
الأحمر بارتفاع ٣٥٥ متراً وبوابة حديدية وبشاريخ
١٩٨٨/١١/٢٩ قامت شرطة المرافق بإزالة السور

(١٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١٢/٢٤

قضاء المحكمة الإدارية العليا استقر على أن صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها بإصداره قانوناً يعيبه بعبء عدم الاختصاص ومخالفة القانون طالما كان في ذلك افتشحات على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة .

وحيث أن الباعى من ظاهر الأوراق أن السبب الذى بنى عليه القرار المطعون فيه وإتجهت إليه إرادة مصدره هو إزالة التعدى على حرم الطريق السريع بسكة طنطا حيث أقام مبنى النزاع على حافة ترعة نواره ويبعد عن حد الطريق الأسفلت بحوالى ثمانية أمتار فإن المخالفات التى يمكن نسبتها إلى المبنى موضوع النزاع كما أوضع القرار المطعون فيه هى مخالفة أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ فى شأن الطرق العامة التى حظرت المادة ١٠ منه إستغلال الأراضى الواقعة على جانبي الطرق العامة فى المسافات التى حددتها فى غير أغراض الزراعة وهى خمسون متراً بالنسبة للطرق السريعة وخمسة وعشرون متراً بالنسبة للطرق الرئيسية وعشرة أمتار بالنسبة للطرق الاقليمية بالإضافة إلى مخالفة أحكام قانون الرى والصرف الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤ والتى حظرت المادة (٥) منه إجراء أى عمل بالأراضى المملوكة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو المملوكة للأفراد والمحصورة بين جسور

النيل أو الترع العامة أو المصارف العامة وكذلك الأراضى الواقعة خارج جسور النيل لمسافة ثلاثين متراً وخارج منافع الترع والمصارف لمسافة عشرين متراً إلا بترخيص من وزارة الرى .

والسبب الصحيح الذى بنى عليه القرار وإتجهت إليه صراحة إرادة مصدره هو إزالة التعدى على حرم الطريق السريع بسكة طنطا وهو ما لا تملكه وإنما تملكه جهة إدارية أخرى لها شخصيتها المستقلة وقد أناط بها القانون وحدها دون غيرها سلطة إصدار قرارات إزالة التعدى بالطريق الإدارى .

وحيث أنه ترتباً على ما تقدم يكون الحكم المطعون فيه فيما إنتهى إليه من وقف تنفيذ القرار المطعون فيه قد صادف صحيح حكم القانون الأمر الذى يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٢٨١٩ لسنة ٣٥ ق-ج)

(١٧)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٤/١٢/٤

لا يلزم تقديم السلاح لمطابقته للأوصاف الواردة بالترخيص عند تقديم طلب التجديد وإنما يلزم ذلك عند تسليم الترخيص مجدداً فإن ذلك يقتضئ بداية وبالضرورة أن يكون السلاح فى حوزة مقدم الطلب عند تقديمه بطلب تجديد ترخيصه ولا يتصور أن يتقدم

وكانت الدعوى قد أقيمت ابتداءً أمام محكمة القضاء الإداري بطلب الحكم بصفة مستعجلة بمسودة الحكم الأصلية بوقف تنفيذ قرار جهة الإدارة الصادر بإلغاء الترخيص الصادر له وسحب السلاح منه وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار ، والحكم له بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية .

قضت المحكمة برفض الدعوى وألزمت المدعى بالمصروفات وثبوت قضاؤها على أن الثابت من الأوراق أن المدعى كان يحمل ترخيصاً بحمل السلاح ينتهى فى ١٩٨٦/١٢/٣١ وأنه لم يتقدم بطلب التجديد إلا فى ١٩٩٠/٦/٩ طبقاً لما قرره بهريضة دعواه أى بعد المدة التى حددها القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٣ وبالتالى يكون القرار المطعون عليه بإلغاء هذا الترخيص قائماً على سببه .

ولما لم يرتض الطاعن هذا الحكم فقد أقام طعناً بطلب الحكم بقبوله شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وإلغاء القرار المطعون فيه وإلزام الجهة الإدارية .

قدمت هيئة مفوضى الدولة تقريراً بالرأى القانونى مسبباً ارتأت فى ختامه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبالتالى القرار المطعون فيه فيما تضمنه من إلغاء الترخيص الصادر للطاعن بحمل السلاح وسحبه منه مع ما يترتب على ذلك من آثار ويرفض طلب الطاعن للتعويض وإلزام الطرفين بالمصاريف المناسبة .

(الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٩ ق.ج)

الطالب بطلب تجديد ترخيص سلاحه وهو فى حوزة الإدارة وليس فى حوزته بالإضافة إلى أنه لى يتم تسليم الطالب الترخيص مجدداً فلا بد من إجراء المطابقة الفنية والتحقق من أوصاف السلاح فكيف يتسنى ذلك والسلاح محبوبس تحت يد جهة الإدارة وحتى يفرض إستجابة جهة الإدارة لطلب الطاعن تجديد ترخيصه فإنها لن تسلمه ما يفيد التجديد لضرورة أن يتقدم بسلاحه للمطابقة وهو ليس بحوزته بالفعل ويضحي طلب التجديد غير سائق من حيث المنطق والواقع .

وحيث أنه بالبناء على ما تقدم يكون القرار المطعون فيه بإلغاء ترخيص سلاح الطاعن لعدم تقديم طلب تجديده فى الميعاد غير قائم على أساس سليم من القانون والواقع ويتعين الحكم بإلغائه .

وحيث أنه عن طلب الطاعن الحكم له بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابته من جراء تنفيذ القرار المطعون فيه فإن من المسلم به أن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية غير المشروعة تقوم على أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما وإذا كان هذا الحكم قد إنتهى على النحو السالف إلى أن القرار المطعون فيه قد جاء على خلاف التطبيق الصحيح لأحكام القانون مما يشكل خطأ فى جانب جهة الإدارة إلا أنه لا يبين من الأوراق أن ثمة ضرر قد أصاب الطاعن مما يستوجب القضاء له بالتعويض الذى يجبر هذا القرار ولم يقدم الطاعن أية مستندات تبين عناصر هذا الضرر ، ومن ثم لا تتكامل أركان مسئولية الإدارة المتطلبه لتحقيق مسئوليتها ويتعين تبعاً لذلك رفض طلب التعويض عن القرار المطعون فيه

(١٨)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٧

سلطة توزيع القائمين بمهنة التدريس على المدارس بمختلف مراحل التعليم وتقدير مدى ملائمة هذا التوزيع بالنسبة إلى كل مادة من مواد الدراسة في ضوء ما تسفر عنه حاجة مرفق التعليم ليس من اختصاص المسؤول عن إدارة كل مدرسة وإنما هو أمر منوط بالسلطة المختصة بمديرية التربية والتعليم بالمحافظة التي لها أن تنقل المدرس بذات وظيفته ودرجته من مدرسة إلى مدرسة أخرى وفقاً لمتطلبات صالح العمل ودواعيه دون معقب عليها من جهة القضاء مادام قد خلا قرارها بالنقل من شائبة الانحراف بالسلطة ولم تتعسف في إصداره أو تهدر حقاً للمدرس المنقول أو تخالف أحكام القانون .

وكان المدعى قد أقام طعناً أمام محكمة القضاء الإداري (دائرة الجزاءات) ضد السيدين محافظ الجيزة ووكيل وزارة التربية والتعليم بالجيزة طلب في ختامها الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار نقله من مدرسة إلى مدرسة أخرى وما يترتب على ذلك من آثار وإلزام الجهة الإدارية بالمصروفات .

إلا أن محكمة أول درجة رفضت الدعوى وشيدت قضائها على أنه يجوز للإدارة أن تنقل المدعى حسب حاجات العمل وإنهت أيضاً إلى أن قرار نقله يكون قد تفيا الصالح العام وجاء متفقاً مع حكم القانون مما يتعين الحكم برفض الدعوى .

إلا أن المدعى لم يرضى ذلك الحكم وأقام طعناً أمام المحكمة الإدارية العليا لإلغاء القرار الصادر سالف الذكر لما شابه من خطأ في تطبيقه القانون والمخالفة له .

وقضت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وإلغاء قرار النقل المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمته الجهة الإدارية بالمصروفات .

(الطعن رقم ٤٢١٣ لسنة ٣٩ ق-ج)

(١٩)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٧

لما كان المدعى قد أقام دعواه أمام محكمة القضاء الإداري (دائرة التسويات ضد السيد اللواء وزير الداخلية والسيد اللواء مساعد أول وزير الداخلية ورئيس مجلس إدارة أكاديمية الشرطة بطلب الحكم له بقبول دعواه شكلاً وفي الموضوع بإلغاء قرار مجلس إدارة أكاديمية الشرطة والمعتمد من السيد وزير الداخلية فيما تضمنه من إغفال منح المدعى لقب وظيفة مدرس بقسم القانون الجنائي وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى تأسيساً على أنه لما كانت لجنة فحص الانتاج العلمي للمرشحين لشغل وظيفة مدرس بقسم القانون الجنائي وعلم الإجرام بكلية الشرطة قد شكلت بقرار مجلس إدارة الأكاديمية والمعتمد من السيد وزير الداخلية من

يعمل القواعد المنصوص عليها في المادة سائلة الذكر
بدليل أن أحد المرشحين كان متقدماً رسالة دكتوراه في
الشريعة الإسلامية وليس في علم الإجرام والقانون
المثالي .

كما أن القرار المطعون فيه قد صدر باطلاً ومخالفاً
لقواعد جوهرية للشكل والإجراءات لأن لجنة فحص
الإنتاج العلمي مشكلة تشكيلاً باطلاً إذ أن كلاً من
السيد الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى والسيد
الأستاذ أحمد فتحى سرور لم يكونا عند إشتراكهما في
اللجنة أستاذين في حكم المادة ١٥ مكرر (٢) من
القانون رقم ٩١ لسنة ٧٥ بإنشاء أكاديمية الشرطة وفى
حكم القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ لأنهما لم يكونا
ضمن أعضاء هيئة التدريس فالأول كان رئيس جامعة
القاهرة على سبيل التذكار والثانى كان وزيراً للتعليم
هذا بالإضافة إلى أن قرار الترشيح لم يصدر من مجلس
إدارة أكاديمية الشرطة وإنما صدر من رئيس
الأكاديمية ورئيس المجلس منفرداً ، وقد إنتهت
المحكمة إلى إلغاء القرار المطعون فيه وإلغاء الحكم
الصادر من محكمة أول درجة إستناداً إلى أن منح لقب
وظيفة بهيئة التدريس بأكاديمية الشرطة لأحد ضباط
هيئة الشرطة ممن يستوفى طبقاً لقانون الجامعات
شروط شغل الوظيفة التى تمر بإجراءات عديدة إذ يلزم
عرض أمر المتقدمين على لجنة فحص الإنتاج العلمى
يشكلها مجلس إدارة الأكاديمية سنوياً من بين أساتذة
الجامعات وذلك بعد موافقة مجلس الجامعة المختص
ثم يعرض التقرير على مجلس الإدارة من ترشيح على
السيد وزير الداخلية ، ويجب لكى يكون تشكيل اللجنة
صحيحاً أن يكون من يشترك فى مضمونها من أساتذة
الجامعات يستوى فى ذلك أن يكون من أعضاء هيئة
التدريس وشاغلاً للوظيفة فعلاً أو على سبيل التذكار
متفرغاً أو غير متفرغ .

أساتذة القانون الجنائى مشهود لهم بالكفاءة ولا ينال
من صحة تشكيلها إشتراك السيد الأستاذ الدكتور
أحمد فتحى سرور وزير التعليم آنذاك فى أعمالها لأن
تعيينه وزيراً ينهض ألا يعجب عنه صفة الأستاذية
ولا يسلبه إياها ولا وجه لما يذهب إليه المدعى من أن
أعضاء هيئة التدريس الذين يحق لهم الإشتراك فى
عضوية لجان فحص الإنتاج العلمى هم الأساتذة
والأساتذة المساعدون والمدرسون وذلك طبقاً لقانون
تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ .

إن هذا التحديد ورد فى نصوص الرواتب المالية
للوظيفة وتحديد شروط شغلها ولكنه لا يسلب صفة
الأستاذية لمن اكتسبها وأصبحت علاقته بالجامعة من
خلال عمله بها كأستاذ غير متفرغ أو أستاذ متفرغ فإذا
كان ذلك وكانت اللجنة قد باشرت عملها وفقاً للأصول
والضوابط الموضوعية السليمة ولم تتجاوز فى تقييمها
رسائل دكتوراه المتقدمين من إختصاصاتها لأنها وقفت
عند حد الإطار الخارجى للرسائل من حيث الموضوع
واللغة وغزارة البحث ومدى أهميته بالنسبة لموضوع
التخصص الدقيق وتلك أمور تدخل جميعها فى مجال
بيان استثناء المرشح لما تشترطه المادة ٦٦ من
القانون سالف الذكر من الحصول على الدكتوراه فى
مادة تؤهل لشغل الوظيفة وأن العبرة فى توافر هذا
الشرط وغيره من الشروط اللازمة لشغل الوظيفة بوقف
التعيين وهو أمر قد يتوافر لكافة المرشحين الذين
فاضلت اللجنة بينهم على أسس صحيحة وموضوعية
تكفل المساواة بينهم فى معايير التقييم ونتائجه وبذلك
تكون الدعوى فاقدة لسندها من الواقع أو القانون جديرة
بالرفض .

ولما لم يرضى المدعى ذلك الحكم فقد أقام طعناً
أمام المحكمة الإدارية العليا وإستند إلى أن الحكم
المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون ذلك لأنه لم

هذا الشأن مادامت قد تغيت بإصدار هذا القرار الصالح العام ولم تتعسف في استعمال سلطتها أو تنحرف بها ولم تخالف أحكام القانون .

وإذا كان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية قد أصدرت القرار المطعون فيه بنقل الطاعن من وظيفة مدير الزراعة بمركز جرجا إلى مفتش أول متابعة بمديرية الزراعة بسوهاج ، وكان ذلك تحقيقاً للصالح العام ولصالح العمل وما تملكه هذه الجهة الإدارية من سلطة تقديرية في هذا الشأن وأن هذا القرار لم يترتب عليه تفويت فرصة الترقية على الطاعن وأن الوظيفة المنقول منها تعادل تماماً الوظيفة المنقول إليها وقد خلت أوراق الطعن مما يفيد أن الجهة الإدارية قد تعسفت أو أساءت استعمال سلطتها أو إنحرفت بها أو إنها تغيت غاية غير تحقيق الصالح العام خاصة بعد أن تحققت هذه الجهة من أن وجود الطاعن في وظيفة أصح يتعارض مع مقتضياتها ومع حسن سير العمل وإنظامه على النحو المشار إليه سلفاً والذي ثبت من صدور حكم المحكمة التأديبية بأسسوط لمجازاته بخصم عشرة أيام من راتبه لما أسند إليه من مخالفات تتعلق بواجبات وظيفته الأمر الذي يؤكد ما جاء بتقرير الجهة الإدارية من سوء إدارة الطاعن للعمل بالإدارة الزراعية بجرجا ومن ثم فإن مقتضى ذلك ولازمته ضرورة إتخاذ الجهة الإدارية الإجراءات اللازمة لإعادة توزيع العمل بين العاملين لديها مما يحقق صالح العمل وحسن سيره على النحو الذي يؤدي إلى إنظام العمل وإستقراره وتحقيق أغراضه وإنضمامه ومن ثم فإذا أصدرت الإدارة القرار المطعون فيه وقد راعت في إصداره القواعد القانونية المقررة في هذا الشأن على النحو سالف الذكر فإن قرارها ذلك يكون قد إستند إلى سبب صحيح يبرره متفقاً وأحكام القانون ويكون الطعن عليه قد بنى على غير أساس واجب الرفض .

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برقضه موضوعاً .

(الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٣٨ ق-ع)

فإذا كان ذلك وكان قرار إشترك أحد أعضائها غير صحيح لسبب عدم الحصول على موافقة الجهة المنوط بها التصريح له بهذا فإنه لا يكون للجنة كيان قانوني صحيح ويحيط عملها ويكون قرارها قراراً باطلاً بطلاناً أصلياً لهذا السبب ولو صدرت بالإجماع وهذا البطلان ينسحب إلى القرار الصادر بناء عليه والقرارات التي تتبعه أو تستند إلى وجوده إذ أن كلاً منها بمثابة الأساس لما بعده وهي جميعها حلقات متكاملة يتركب من مجموعها القرار الأخير .

(الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٣٨ ق-ع)

(٢٠)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٧

إذا كانت الجهة الإدارية قد رأت أن الصالح العام يقتضى نقل الطاعن إلى وظيفة أخرى وذلك تحقيقاً لصالح العمل وفي نطاقه السلطة التقديرية لجهة الإدارة ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد صدر مستنداً إلى أسباب صحيحة مبررة متفقاً وحكم القانون .

بمعنى آخر فإنه يجوز للسلطة المختصة نقل العامل من وحدة إلى أخرى ومن إدارة إلى إدارة أخرى ومن مكان إلى مكان آخر ، طالما أن هذا النقل لا يترتب عليه تفويت الفرصة على العامل في الترقية بالأقدمية ، وعلى أن تكون الوظيفة المنقول إليها معادلة للوظيفة المنقول منها ويصدر قرار النقل من السلطة المختصة بالتعيين والنقل المكانى بهذه المثابة إذا كان وفقاً لمقتضيات الصالح العام وصالح العمل فإن للإدارة الحق في أن تجريه في الوقت الذي تراه ملائماً لذلك بما تتمتع به من سلطة تقديرية في

(٢١)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٧

والفنيين على حالته وتكون دعواه من ثم غير قائمة على أساس سليم من القانون جديرة بالرفض ، ويكون الحكم المطعون فيه واذا لم يأخذ بهذا النظر قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض الدعوى وألزم المدعى المصروفات .

(الطعن رقم ٢٩٦٠ لسنة ٢٤ ق.ع)

(٢٢)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

من المقرر أن مناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة منها هو وجود خطأ من جانبها بأن يكون القرار الإداري غير مشروع أو يشوبه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة وأن يحيق بصاحب الشأن ضرر وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع قد أجاز لدواعي العمل ندب العامل إلى وظيفة مماثلة لوظيفته أو لوظيفة تتوافر فيها شروط شغلها أو وظيفة تعلوها مباشرة في ذات الجهة لمدة سنة قابلة للتجديد سنة واحدة أخرى وأن ندب العامل يجب أن يراعى فيه ما يقوم عليه النظام الموضوعي للموظفان من تقسيم وظائف كل وحدة أو شركة إلى مجموعات نوعية تعتبر كل منها وحدة متميزة ومستقلة في كافة الشئون الوظيفية من تعيين وترقية ونقل وندب وبالتالي فإن نقل العامل من وظيفته الأصلية يجب أن يكون لوظيفة

تحديد الجدول الذي ينطبق على العامل من تلك الجداول إنما يتم بمراعاة مركزه الوظيفي في تاريخ العمل بالقانون في ١٩٧٤/١٢/٣١ وبحسب مجموعته الوظيفية في بداية تعيينه والمؤهل الحاصل عليه ، وشغل الوظيفة بموجبيه ومن أجل ذلك كانت أحكام الجدول الثالث تقتصر على العاملين المعينين ابتداءً من الفئة العاشرة أو التاسعة أو الثامنة من مجموعة الوظائف الفنية أو المهنية أما من يعين بمؤهله المتوسط أو الأقل من المتوسط في مجموعة الوظائف المتوسطة فإن أحكام الجدول الثاني أو الرابع هي التي تطبق على حالته بغض النظر عن طبيعة الوظيفة التي عين عليها مادام أن المؤهل الدراسي الحاصل عليه كان مطلباً للمتعيين فيها .

أقام المدعى دعواه أمام محكمة القضاء الإداري دائرة التسميات طالباً الحكم بأحقية في تسوية حالته طبقاً للجدول الثالث المرفق بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٧٥ ومع ما يشترتب على ذلك من آثار قضت المحكمة بأحقية المدعى في تسوية حالته الوظيفية وصرف الفروق المالية مع مراعاة التقادم الزمني وألزمته الجهة الإدارية المصروفات .

أقامت الجهة الإدارية طعناً على ذلك الحكم وانتهدت المحكمة إلى أن الثابت من الأوراق أن الجدول الواجب التطبيق على حالة المدعى هو الجدول الرابع دون سواء ولا يجوز تطبيق الجدول الخاص بالعمال المهنيين

كامله للحكم بما فيها بيان بأسماء القضاة الذين أصدره وإيداعها ملف الدعوى فإذا خلت نسخة الحكم الأصلية من هذه الأسماء أو بعضها كان الحكم باطلا ولما كان البطلان في هذه الحالة يتعلق بالنظام العام تتحراه محكمة الطعن بحكم وظيفتها وتحكم به من تلقاء نفسها دون حاجة إلى الدفع أو التمسك به فيتمتعين بالتالي القضاء ببطلان الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري (دائرة التسويات) لتفصل في موضوعها محدداً ومن هيئة أخرى .

فهذه الانسباب

حكمت المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه وبإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري (دائرة التسويات) للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى .

أخرى في ذات المجموعة النوعية ومن ثم فلا يجوز نذب العامل من وظيفته التي يشغلها إلى وظيفة غير مجموعة نوعية أخرى . فضلاً عن أن النذب هو أمر موقوف بطبيعته إذ يتم على أساس التوقيت وليس على أساس الاستقرار والدوام ، ومن ثم فقد أناط المشرع بإجرائه برئيس مجلس الإدارة أو من يفوضه دون أن يستوجب عرضه على لجنة شئون العاملين فضلاً عن أنه عرضه للإلغاء في أي وقت بزوال أسبابه ودواعيه وهو لا يجوز أن يستطيل على أو نحو من سنتين كحد أقصى ومن ثم فإنه لا يرتب للعامل مركز قانوني نهائي يمكن له أن يحتج به من مواجهة جهة الإدارة .

(الطعن رقم ٤٢٥٨ لسنة ٣٧ ق.ع)

(٢٣)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

(٢٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

منح المشرع العامل الحق في التظلم من تقرير كفايته للجنة التي أنشأها لهذا الغرض خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه وتلك ضمانة جهاها المشرع إدراكاً منه لمدى الخطورة التي يرتبها التقرير في حياته الوظيفية وحتى يتأني له إبداء ما يعن له من مطاعن على التقرير خلال العشرين يوماً المذكورة ولم يعتبر المشرع التقرير الذي قدم عنه التظلم في الميعاد بمثابة قرار إداري نهائي حتى يتم البت فيه فإن فصل فيه

إضطراد أحكام المحكمة الإدارية العليا على أنه من المسلم به فقهاً وقضاً أن العبرة في الحكم هي بنسخته الأصلية التي يحررها الكاتب ويوقع عليها القاضي وتحفظ في ملف الدعوى وتكون هي المرجع في أخذ الصورة التنفيذية وفي إستخراج الصور طبق الأصل وفي الطعن عليه من ذوى الشأن الأمر الذي يتعين معه وجوب أن يكون الحكم مستكملاً لشروط صحته ومن بينها بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وهم القضاة الذين فصلوا في الدعوى أي الذين إشتروا في المداولة فإذا انطوى الحكم على تجهيل بأسمائهم ترتب على ذلك بطلان الحكم ولا يغير من ذلك توقيعهم على مسودة الحكم حيث أن المسودة لا تغني عن كتابه

(٢٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/١٤

العامل الذي يندب للعمل بتنظيمات الاتحاد الاشتراكي السابقة من مصالح الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة أو الشركات التابعة لها يستحق من الجهة المنتدب منها كامل ما يصدق عليه وصف رواتب أو تعويضات أو أجور أو مكافآت أو بدلات أو أية ميزة وظيفية أخرى وذلك على وجه العموم دون تخصيص في ذلك فيستحق العامل المنتدب للاتحاد الاشتراكي هذه المميزات أيًا كان نوعها ولا يجوز حرمانه منها أيًا كان مسماها لأن الحرمان منها في هذه الحالة يكون بالمخالفة لأحكام قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٨ باعتبار أن كل ما يصرف للعاملين من جهات عملهم الأصلية يدخل تحت مفهوم الأجور والمكافآت والبدلات والمميزات الأخرى المنصوص عليها في المادة الأولى من القرار المشار إليه .

وحيث أنه بإنزال ما تقدم على واقعات الطعن يبين أن المطعون ضده تم نفيه طوال الوقت من مصلحة الضرائب للعمل بأمانة التنظيم باللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكي واستمر يصرف كافة الأجور والمزايا التي تصرف لأقرانه من العاملين حتى أوقف صرفها ومن ثم يكون من حقه صرف هذه المزايا جميعها حسبما وردت بالمادة الأولى سالفة البيان دون أن يمتد هذا الحق إلى ما بعد إلغاء الاتحاد الاشتراكي وصدر القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٠ في ١٣/٧/١٩٨٠ في شأن الأموال

بالرفض أعتبر بذلك قراراً إدارياً نهائياً وتعين بالتالي إختصاصه بدعوى الإلغاء حيث يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ الإخطار أو برفض التظلم ولا مساع للأخذ بقرينة الرفض الضمني المستفاد من فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون البت فيه .

أي أن تقرير الكفاية لا يعتبر نهائياً إلا بعد إنتضاء ميعاد التظلم أو البت فيه .

وحيث أن قرار لجنة شئون العاملين بتقدير كفاية العامل شأن أي قرار إداري يجب أن يقوم على سببه المبرر له قانوناً ولا يتأتى ذلك إلا بقيام هذا السبب على عناصر ثابتة ومستخلصة إستخلاصاً سائغاً من ملف خدمة العامل ومتعلقة بعمله خلال السنة التي قدم التقرير عنها ومؤدى ذلك أن تقدير لجنة شئون العاملين ليس تطبيقاً من كل قيد بل هو مقيد بالبيانات المتعلقة بعمل العامل عن السنة الموضوع عنها التقرير والتي تجد أصلها في الأوراق وعلى الأخص ملف الخدمة فإذا خلت الأوراق مما يمكن أن يصلح سنداً لما ذكرته اللجنة من أسباب مرسلة لبيانات كفاية العامل فقد قرارها السبب المبرر له قانوناً .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبقبول الدعوى شكلاً وفي موضوعها بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من خفض تقدير كفاية الطاعن من مرتبة ممتاز إلى مرتبة جيد جداً مع ما يترتب على ذلك من آثار ألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٣٤ ق-ج)

(٢٦)

المحكمة الإدارية العليا

الادارة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢١

وظائف مأموري وملاحظي المناظر ذات طبيعة خاصة سواء من حيث واجبات هذه الوظائف ومسئولياتها أو من حيث نظام العمل بها حيث يتم مباشرة أعمالها في أماكن معينة بصفة مستمرة وعلى مدار العام بأكمله دون توقف في ساعات معينة أو في أيام معينة ومن أجل ذلك أخرج المشرع العاملين الشاغلين لهذه الوظائف من الخضوع لأحكام نظام العاملين المدنيين بالدولة وأقر لهم نظاماً خاصاً بهم من حيث الدرجة العالية التي يتم تعيينهم عليها والرواتب الإضافية التي تمنح لهم وعلاجهم مجاناً على نفقة الدولة والأجازات الإعتيادية والعرضية التي تستحق لهم ، وحساب مدة الخدمة في المعاش بواقع سنة ونصف عن كل سنة يمضيها العامل في منارة معينة فمن ثم فإن أحكام القانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٥٤ التي اشتملت على تنظيم شامل لهذه الوظائف هي وحدها التي تسرى على العاملين بالمناظر بحسبان أنها تضمنت مجموعة المزايا التي تقابل الإعفاءات الخاصة التي يتحملها هؤلاء العاملين ومنها بطبيعة الحال مباشرة العمل أيام الجمع والعطلات الرسمية وبالتالي فلا يرجع للأحكام التي تضمنها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ ومن بعده قوانين العاملين المدنيين بالدولة المتعاقبة وآخرها

التي كانت مملوكة للاتحاد الاشتراكي العربي وتنظيماته وأولولتها إلى مجلس الشورى إستناداً إلى أن نص المادة الأولى من القرار رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٨ إنما وضع لمعالجة حالة العاملين المنتدبين للعمل بالاتحاد الاشتراكي وحده دون غيره من الجهات الأخرى فإذا ما تم إلغاء الاتحاد الاشتراكي واستمر ندب المطعون ضده لمجلس الشورى فإنه لا يستحق صرف هذه المزايا طوال فترة ندبه للاتحاد الاشتراكي دون أن يسحب صرفها إلى الجهة التي آلت إليها أموال (مجلس الشورى) بعد إلغائه .

وحيث أن الحكم المطعون فيه ولئن أخذ بهذا النظر وقضى بأحقية المطعون ضده في صرف المكافآت والأجور والبدلات وكافة المزايا التي تصرف لأقرانه بمصلحة الضرائب إلا أنه لم يقض بعدم أحقية المطعون ضده صرف هذه المزايا المقررة بالمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٨ لسنة ٦٨ بعد إلغاء الاتحاد الاشتراكي وأولولة أعماله لمجلس الشورى على النحو المشار إليه مما يتعين معه تعديل الحكم المطعون فيه على النحو المتقدم الذكر .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المطعون ضده في صرف الأجور والمكافآت وكافة المزايا التي تصرف لأقرانه بمصلحة الضرائب إعتباراً من شهر يونيو سنة ١٩٧٧ وحتى تاريخ إلغاء الاتحاد الاشتراكي مع مراعاة أحكام التقادم الخمس وألزمت طرف الخصومة بالمصروفات المناسبة .

(الطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٢٤ ق-ج)

(٢٧)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢١

نظم القانون إجراءات إعداد تقارير الكفاية التي توضع عن أعمال أعضاء النيابة الإدارية ورسم المراحل والإجراءات التي تمر بها وحدد مراتب هذه التقارير وهي بمرتبة كفاء فوق المتوسط متوسط أقل من المتوسط كما تطلب القانون ضرورة إجراء التفتيش على أعمال أعضاء النيابة من درجة رئيس نيابة فما دونها بصفة دورية مرة كل سنتين على الأقل .

وحيث أن الهيئة قد أوضحت أنه يشترط للترقية إلى وظيفة رئيس نيابة إدارية من الفئة (ب) ضرورة حصول العضو على تقرير كفاية بمرتبة فوق المتوسط .

وحيث أن مرجع عدم وضع تقارير عن الطاعة بعد ترقيتها إلى وظيفة وكيل نيابة (ب) الفئة الممتازة هو وجودها في أجازة خاصة بدون مرتب لرعاية طفلها .

وحيث أن اللائحة الداخلية للنيابة الإدارية بالقرار الجمهوري رقم ١٤٨٩ لسنة ١٩٥٨ المشار إليها قد نظمت قواعد ترقية أعضاء النيابة الإدارية طبقاً لأحكام المادتين ٢٨ و ٣١ وجعلت الترقية إلى وظيفة رئيس نيابة إدارية بحسب درجة الكفاية والجدارة لشغل هذه الدرجة وقد تحقق أهلية الطاعة وخدماتها للترقية إلى درجة وكيل نيابة إدارية من الفئة الممتازة بعد أن حصلت على تقرير كفاية يرقى بها إلى شغل هذه

القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمتعلقة بالأجازات الأسبوعية أو السنوية أو الراتب الإضافي لتعارضها مع الأحكام الخاصة التي نص عليها القانون رقم ٦٨٩ لسنة ١٩٥٤ .

وحيث أنه على هدى ماتقدم فإن المدعى لا يكون له أصل حق في المطالبة بأجر مضاعف عن العمل أيام الجمع والعطلات الرسمية طبقاً لأحكام قانون العاملين المدنيين بالدولة بخروجه عن نطاق المخاطبين بأحكامه في هذا الخصوص كما لا يكون له أصل حق في المطالبة بمنحه أجراً إضافياً عن ساعات العمل الإضافية على أساس أن القانون الخاص قد تضمن تنظيمها خاصاً لمنحهم راتباً إضافياً يصدر به قرار من وزير الدفاع بعد موافقة وزير المالية فضلاً عن أن العمل بالمناثر يجرى على نظام الورديات بحيث يحصل كل عامل على راحات في مقر عمله في المناثر المنعزلة أو خارج مقر العمل في المناثر المتصلة بالبر ومادام أنه لم يثبت من الأوراق أن المطعون ضده قد كلف بالعمل خارج نطاق وظيفته المقررة والتي يتحدد بالنظر إليها نطاق عمله الرسمي والمواعيد المعينة له ومن ثم تكون دعوى المدعى (المطعون ضده) قائمة على غير سند من القانون متعيناً رفضها .

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بغير النظر السالف فيكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله مما يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبرفض الدعوى وإلزام المطعون ضده بالمصروفات .

(الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٣٣ ق-ج)

والا تعرضوا للتخطي في الترقية للوظائف الأعلى ومن ثم لزم إتباع الأصل وهو الترقية طالبا لا يوجد حائل يحول دون ذلك .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الطاعة تحققت في شأنها الأهلية والجدارة للترقية لوظيفة وكيل نيابة إدارية من الفئة الممتازة وحصلت على تقرير كفاية يؤكد ذلك فإذا ما حالت ظروف وجودها في أجازة خاصة بدون مرتب مرخص لها بها من هيئة النيابة الإدارية طبقاً لأحكام القانون في وضع تقارير كفاية عن أعمالها على النحو الوارد بالقانون إلا أن أوراق الطعن قد خلت مما يشير إلى وجود مسرور قانوني طاريء يؤثر على جدارتها وأهليتها للترقية للوظيفة الأعلى ورئيس نيابة إدارية فئة (ب) فإن أهليتها تعتبر باقية وقائمة على وضعها ومستحرة وبالتالي تستلحق هذه الأهلية لترقيتها لهذه الوظيفة وتكون جذرية بالترقية فإذا ما صدر القرار المطعون فيه متضمناً تخطيها في الترقية بحجة عدم وجود تقارير كفاية حسن أعمالها خلال فترة وجودها في الإجازة الخاصة فإن هذا القرار يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون مما يتعين معه القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٢ فيما تضمنه من تخطي الطاعة في الترقية لوظيفة رئيس نيابة إدارية من الفئة (ب) مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٧٥٥ لسنة ٢٩ ق-ج)

الدرجة ، ومن ثم فإذا ما حصلت على أجازة خاصة بدون مرتب فإن علاقتها الوظيفية لا تنقسم وتكون قد استعملت رخصة خولها بإياها القانون فإذا ما جعل عليها الدور للترقية لوظيفة أعلى لا يمكن أن يترتب على ذلك تخطي حقها في هذه الترقية ما دامت هذه الإجازة قد تمت بالإدارة القانونية الصحيحة من الجهة الإدارية المطعون ضدها ومن ثم تستلحق أهليتها وجدارتها للترقية للوظيفة الأعلى طالما قد ثبتت هذه الجدرة والأهلية للترقية للوظيفة الأدنى ولم يطرأ عليها ما ينال منها أو تنقص من قدرها خاصة وقد درجت أحكام القضاء على أنه متى ثبتت الأهلية للترقية إلى درجات قضائية معينة رقي إليها من كان يلي صاحب الشأن في الأقدمية ، فإن أهليته للترقية تعتبر باقية على وصفها بالنسبة لأهلية زملائه الذين كانوا يلونه في الأقدمية وتمت ترقيتهم ما لم يرقم الدليل على وجود مسرور طاريء . يحول دون الترقية إلى الدرجات القضائية العليا أسوة بزملائه الذين كانوا تالين له في الأقدمية .

وقد خلت أحكام القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ المشار إليه أو القرارات سالفة الذكر من أية أحكام خاصة بأعضاء النيابة الإدارية المعارين أو الحاصلين على أجازات خاصة بدون مرتب من شأنها إرجاء وقف ترقياتهم من كان عليهم الدور في الترقية ولحين عودتهم من هذه الأجازات أو غير ذلك من القواعد كما أن هيئة النيابة الإدارية لم تضع من القواعد التنظيمية العامة التي يلتزم بها أعضاؤها ويكونوا على بينة من أمرها ما يعالج وضع الحاصلين على أجازات خاصة بدون مرتب كإخطارهم بالعودة عند إقتراب حلول الدور عليهم للترقية للعمل بها حتى يمكن وضع تقارير كافية عنهم

(٢٨)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢٨

ولما كان الشابت من الأوراق التي أرفقها الطاعن
حافضة مستنداته المودعة بالدعوى والمتضمنة صورة
التظلم الذي أرسله إلى الجهات المطعون ضدها بطريق
البريد المسجل بأرقام ٣٦٤ و ٣٦٥ و ٣٦٦ و بتاريخ
واحد وهو يوم ١٩٨٧/٧/٦ طعنًا على القرار المشار
إليه والشابت مما تقدم أن التظلم المذكور قدم إلى
مكتب البريد في ذات يوم إنتهاء الستين يوماً المقررة
للتظلم من القرار المطعون فيه طعنًا على عدم تعيينه
وباعتبار أن التظلم من هذه القرارات وجوباً طبقاً لنص
المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة .

وإذا كان التظلم لم يقيد في سجلات مجلس الدولة
أو الجهات الأخرى المتظلم إليها إلا يوم ٨٧/٧/٦
حيث كان الميعاد قد إنقضى فتكون الدعوى الماثلة
قد أقيمت بعد الميعاد المقرر قانوناً ، وبهذه المثابة
لا يقبل من الطاعن ماقرره أنه لم يعلن بالقرار المطعون
فيه حتى الآن (أنه علم به يوم ١٩٨٧/٧/٦ تاريخ
تظلمه لا يقبل منه ذلك باعتبار أن القرار المطعون فيه
قد تم نشره بالجريدة الرسمية وقد صدر دون أن
يتضمن اسم الطاعن من بين المعينين بوظيفة مندوب
مساعد ومن ثم يكون العلم اليقيني قد اكتمل في حقه
بالقرار المطعون فيه من واقعة نشره بالجريدة الرسمية
في ١٩٨٧/٥/٧ .

وحيث أنه بالنسبة لطلب الطاعن إلغاء القرار السلبي
بالإمتناع عن تعيينه بوظيفة مندوب مساعد فإن
المستقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن
القرارات السلبية التي اختص القضاء الإداري بالفصل
فيها هي المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة
١٠ من قانون مجلس الدولة حيث يستجر في حكم
القرارات الإدارية رفض السلطات الدارية أو إمتناعها
عن إتخاذ قرار كان من الواجب عليها إتخاذها وفقاً
للقوانين واللوائح وإذا كان التعمين يعتبر من الملاحظات
التقديرية التي تتركس الجهة الإدارية بسلطة مطلقة في

حيث أن الطاعن يتنفي من إقامة طعنه إلغاء القرار
الجمهوري رقم ١٩٣ لسنة ١٩٨٧ بالتعيين في بعض
الوظائف الفنية بمجلس الدولة فيما تضمنه من تخفيه
في التعيين في إحدى وظائف (مندوب مساعد) كما أنه
طلب إلغاء القرار السلبي بالإمتناع عن تعيينه بوظيفة
مندوب مساعد لمجلس الدولة رغم استيفائه للشروط
ونجاحه تبعاً لذلك في المقابلة التي تمت بمجلس الدولة
يوم ١٩٨٦/١١/٢ رغم تعيين من هم أقل منه في
مجموع الدرجات بالليسانس ونتيجة المقابلة .

وحيث أن الشابت من الأوراق أن قرار رئيس
الجمهورية سالف الذكر المطعون فيه الصادر بالتعيين
في بعض الوظائف الفنية بمجلس الدولة ومن بينها
وظيفة مندوب مساعد والذي تخفى الطاعن في
التعيين في هذه الوظيفة هذا القرار قد نشر بالجريدة
الرسمية يوم ١٩٨٧/٥/٧ بالعدد رقم ١٩ وكان
الطاعن وقت النشر يشغل وظيفة وكيل نيابة ووالده هو
المحامى الموكل عنه وكان مستشاراً سابقاً بمجلس
الدولة وكلاهما على علم يقيني بأن القرارات الصادرة
بتعيين أعضاء الهيئات القضائية تصدر بقرارات من
رئيس الجمهورية ومن ثم تنشر بالجريدة الرسمية
وبالتالي فإن المدة التي كان يصح تقديم التظلم خلالها
للجهة الإدارية وذلك بوصوله إليها وعلمها به تنتهى
في ١٩٨٧/٧/٦ .

الذي إرتآه أياً من الرئيس المباشر أو المدير المحلي أو الرئيس الأعلى إلا أن التقدير في هذا الخصوص ليس طليقاً من كل قيد وإنما ينبغي أن يكون متسقاً وظروف الحال ومتفقاً ومستوى أداء العامل في الفترة الموضوع عنها التقري وما قام به من مجهود وما بذله من نشاط لا تتأخر بينه أو تعارض مع ما تشهد به الأوراق من عناصر كفاية العامل بمعنى أن يكون التقرير مستنداً الى عناصر ثابتة مستخلص إستخلاصاً وأمثاً من وقائع تنتجها ذلك أن القرار الصادر من لجنة شئون العاملين في هذا الصدد شأنه شأن أي قرار إداري يجب أن يقوم على سببه المبرر له وإلا كان فاقداً لركن السبب .

ومن حيث أن الثابت من مطالعة تقرير الكفاية عن عام ١٩٨٦ المطعون فيه أن كلاً من الرئيس المباشر والمدير المحلي والرئيس الأعلى للمدعى قدر كفايته بمرتبة ممتاز (٩٣ درجة) إلا أن لجنة شئون العاملين العليا بالهيئة قررت بجلستها المنعقدة في ١٩٨٧/٩/٢١ تخفيض مرتبة الكفاية من ممتاز الى جيد (٨٦ درجة) .

وذلك إستناداً لعدم حصوله على نسبة ٩٥٪ في عناصر واجبات العمل .

وحيث أن الثابت أيضاً أن السبب الذي استندت إليه لجنة شئون العاملين العليا بالهيئة لتخفيض مرتبة كفاية المدعى عن عام ١٩٨٦ بمرتبة ممتاز الى مرتبة جيد جاء قولاً مرسلأ لا دليل عليه إذ أن الأوراق قد خلت مما يغير نسبة أي تقصير إلى المدعى في أداء عمله أو نقصان من مدى إلمامه به أو في كفايته أبان فترة وضع تقرير الكفاية المطعون فيه بل على العكس فإن البادي من مطالعة تقرير الكفاية المطعون فيه أن المدعى حصل على الدرجة النهائية ١٠ من ١٠ في عنصرى السرعة والإنتاج والدقة في العمل الذي يشغلها عنصر السلوك والإنتاج وذلك باعتباره سريع وغزير

حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام وباعتبارها المسنولة عن حسن سير المرافق العامة وبهذه المثابة فإن القرار المطعون فيه لا يعتبر قراراً سلبياً بمفهومه القانونى السليم إذ لا يوجد بنصوص القوانين أو اللوائح ما يلزم الجهة الإدارية المدعى عليها بإصدار قرار بتعيين الطاعن في الوظيفة التى يطالب بها ومن ثم لا يكون ثمة وجود قانوني لمثل هذا القرار وبالتالي تكون الدعوى بالنسبة لهذا الطلب غير مقبولة شكلاً لإندام المحل الذي ترد عليه هذا بالإضافة إلى إفصاح الجهة الإدارية عن موقفها تجاه الطاعن بقرار إيجابى صريح برفض تعيينه في وظيفة مندوب مساعد وهو قرار إدارى قابل للطعن عليه في المواعيد المقررة قانوناً من قبل مجلس الدولة وليس قراراً سلبياً غير مقيد مواعيد الطعن طالما كان موقف الجهة الإدارية صريحاً بالإفصاح عن إرادتها برفض تعيين الطاعن وعلم الطاعن بهذا القرار الصادر بتخطيه في التمهين من تاريخ نشره ومن تاريخ هذا النشر يبدأ ميعاد الطعن فيه .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول طلبى إلغاء القرارين المطعون فيهما شكلاً .

(الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق-ج)

(٢٩)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢٨

لا جدال أن لجنة شئون العاملين ولئن كانت لا تتقدير في تقدير أى من عناصر تقرير الكفاية بذات التقدير

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢٨

قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة يقوم على أساس نظام موضوعي يقصد بالوظيفة ذاتها وشروط شغلها وتصنيفها داخل مجموعات نوعية متجانسة واعتبار المجموعة النوعية وحدة واحدة في مجالات التوظيف المختلفة وهو نظام يغير النظم الأخرى التي كانت تقوم على الأساس الشخصي الذي يعتمد بالمرئىف وليس بالوظيفة والمؤهل الحاصل عليه ووضع تسعير لهذا المؤهل .

ومن حيث أن المادة الرابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه تنص على أن « يعين إعتباراً من تاريخ نشر هذا القانون .. . كما تحدد أقدمية من يعين بعد حصوله على مؤهل عال وإذا كان العامل قد بلغ أثناء الخدمة فئة أعلى أو مرتبة أكبر من الفئة أو المرتب الذي يستحقه طبقاً للأحكام السابقة ينقل بفئته وأقدميته ومرتبته إلى مجموعة الوظائف العليا غير التخصصية في الجهة التي تلام خبراته ما لم يكن بقاؤه في مجموعة الوظيفة الأصلية أفضل له .

وحيث أنه لا يكفى لوضع النظام الموضوعي للتوظيف موضع التقييد والتطبيق مجرد صدور قرار من رئيس الجهاز المركزى للتنظيم والإدارة بإعتماد جداول توصيف وتقييم الوظائف بالجهة الإدارية بحسبان أن صدور مثل هذا القرار لا يعدو أن يكون مجرد تقرير للجدول بإجراء تنظيمى في الوحدة الإدارية ومرحلة من مراحل إستكمال العمل بنظام توصيف وتقييم

الانتاج يقوم بما يسند إليه من عمل فى غير إختصاصه ودقيق إلى حد الاستقامة .

وهو ما يفيد أن إنجازها للأعمال المسندة اليه كان كاملاً لا نقصان فيها وبدقة واتقان لا غبار عليها وهو ما أثبتته كل من الرئيس المباشر والمدير المحلى والرئيس الأعلى هذا فضلاً عن أن تقارير كفايته عن المدة من ١٩٨١ حتى ١٩٨٥ فى ذات الإدارة التى يعمل بها كانت بمرتبة ممتاز وذلك كله لا تنكره الهيئة المدعى عليها أو تنازع فيه .

وغنى عن البيان أن المشرع قد وضع قاعدة تقضى بعدم قبول الطلبات المقدمة رأساً بإلغاء القرارات الإدارية التى عينها وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التى أصدرت القرار وانتظار المواعيد المقررة للبت فى هذا التظلم ، والغرض من ذلك هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطريق أسير للناس بإنهاء تلك المنازعات فى مراحلها الأولى إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق فى تظلمه فإن رفضته أو لم تبت فيه خلال الميعاد المقرر فله أن يلجأ إلى طريق التقاضى .

فهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بإلغاء تقرير كفاية المدعى عن عام ١٩٨٦ فيما تضمنه من تحقيق مرتبة كفايته من ممتاز إلى جيد مع ما يترتب على ذلك من آثار وتأييده فيما عدا ذلك على النحو المبين بالأسباب وألزمت طرفى الخصومة بالمناسب من المصروفات .

(الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٣٦ ق-ج)

وبأقدميته فيها ومرتبه إلى مجموعة الوظائف العالية غير التخصصية وذلك اعتباراً من تاريخ حصوله على المؤهل العالي في مايو سنة ١٩٧٥ مع ما يترتب على ذلك من آثار ولا ينال من ذلك مسبق إعادة تعيين المذكور بالقرار رقم ٥١٥ لسنة ١٩٨٤ إذ أن تسوية حاله طبقاً لأحكام المادة الرابعة فقرة ٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ المشار إليه يستمد حقه فيها من القانون مباشرة طالما أن المؤهل العالي الذي حصل عليه كان قبل إجراء التسكين في الجهة الصدى عليها .

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه قد أخذ بغير هذا النظر وإنتهى إلى رفض الدعوى فإنه يكون قد صدر على خلاف أحكام القانون وأجب الإلغاء وهو ما يتعين القضاء به والإزام الجهة الإدارية بالمصروفات .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وأحقية الطاعن في تسوية حالته بنقله بالفئة التي كان يشغلها وقت حصوله على المؤهل العالي وبأقدميته ومرتبه في هذه الفئة إلى مجموعة الوظائف العالية غير التخصصية مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٣٥ ق-ع)

(٣١)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/١/٢٨

عدم إشتراط إثبات المحامي لسند وكالته عند إيداع صحيفة الدعوى نيابة عن موكله إلا أنه يتعين عليه عند حضور الجلسات إثبات وكالته فإذا كان

الوظائف بالجهة الإدارية وأن مراحل هذا النظام لا تتم ولا تستكمل مقومات نفاذه وتطبيق أحكامه إلا بعد تحويل الوظائف وتسليم العاملين على الوظائف المعادلة الواردة بالجدول المعمدة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في الفصل الخامس من قرار رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم ١٢٤ لسنة ١٩٧٨ ، فإذا ماتم ذلك اندرجت العلاقة الوظيفية للعامل في الجهة الإدارية التي منها التحويل لجدول الوظائف المعمد في إطار أحكام النظام الموضوعي للتوظيف وإنتهى مجال أعمال النظام الشخصى .

وحيث أن نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ قد وردت بصيغة أمرة مؤداها أن العامل الذي يحصل أثناء الخدمة على مؤهل عال وكان قد بلغ فئة أعلى أو مرتباً أكبر من الفئة أو المرتب الذي يستحقه طبقاً للفئتين الأولى والثانية من المادة الرابعة المشار إليها ينشأ له الحق في تسوية حاله وفقاً لحكم الفقرة الثالثة وهو أمر وجوبى حيث استخدم المشرع تعبير « أمر » وهو ينقل العامل ولم يستخدم ما يفيد « الجواز » كما أن العامل الذي يحصل أثناء الخدمة على مؤهل عال قبل إجراء التسكين في وظائف الجدول المعمد من رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة تسوى حاله بنقله بفئته وأقدميته ومرتبه إذا كان أكبر من الفئة والمرتب الذين يستحقهما طبقاً للفئتين الأولى والثانية من المادة ٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ وذلك إلى مجسوعة الوظائف العالية غير التخصصية . وعليه فإن المعول عليه في الإنادة من حكم المادة الرابعة فقرة ثالثة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ هو إجراء التسكين فإذا ما ثبت أن العامل حصل على المؤهل العالي قبل إجراء التسكين يتم إفادته من هذا الحكم أما إذا كان قد حصل عليه بعد ذلك التاريخ فإنه لا يفيد منه .

ومن ثم فإن من حق الطاعن أن ينقل بفئته هذه

(٣٢)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/١١

إذا كانت الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة ، فإنه بالنسبة لما عداها من أحكام فإنه ثمة شروط يلزم توافرها لجواز قبول الدفع بحجية الأمر المقضي به وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين قسم يتعلق بالحكم وهو أن يكون حكماً قضائياً قطعياً ، وأن يكون التمسك بالحجة فى منطوق الحكم لا فى أسبابه إلا إذا إرتبطت الأسباب إرتباطاً وثيقاً بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب فلا حجة للحكم إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى الأسباب المتصلة به إعمالاً وثيقاً والتي لا يقوم المنطوق بدونها وفيما يتعلق بالحق المدعى به فيشترط أن يكون هناك إتحاد فى الخصوم والسبب والموضوع فى الدعوى التى سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة بحيث إذا تخلف أحد هذه العناصر كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفعل فيها غير متوافر الأركان ، فالمنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة فى الدعويين ولا تتوافر هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة المقضى فيها نهائياً أساسية لا تتغير ويشترط أن يكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول إستقراراً جامعاً مانعاً فتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه بعد ذلك فى الدعوى الثانية أياً من الطرفين قبل الآخر من حقوق

التوكيل الذى يستند إليه خاصة أودعه ملف الدعوى ، أما إذا كان توكيلاً عاماً فيكتفى بإطلاع المحكمة عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بحضور الجلسة .

وحيث أن الثابت من الأوراق أن موكل الطاعنة لم يودع سند وكالته وفق عريضة الدعوى وأنه أقر بمحضر الإيداع بأنه سوف يقوم بتقديم سند الوكالة عن المدعية بأول جلسة ، فقد ثبت بمحضر جلسة التحضير المعقودة بتاريخ ١٩٨٨/٥/١٤ حضور وكيل الطاعنة عنها بتوكيل رقم ١٤٦٢ (أ) لسنة ٨٨ عام شهراً الخيمة وإذا كان ثمة خلاف فى رقم التوكيل إذ أنه ١٦٤٢ وليس ١٤٦٢ كما ثبت فى محضر الجلسة فإن باقى بيانات التوكيل الثابتة بمحضر الجلسة تطابق بيانات التوكيل الصادر من الطاعنة بتاريخ ١٩٨٨/٥/٥ أى قبل جلسة التحضير المشار إليها ومن ثم فلا يعدو أن يكون الاختلاف فى رقم التوكيل مجرد خطأ مادي فى محضر الجلسة لا تسأل عنه الطاعنة أو وكيلها فحسباً عن أن التوكيل المحرر لوكيل الطاعنة هو توكيل عام لا يلزم الوكيل طبقاً للمادة ٥٧ من قانون المحاماة المشار إليه بإيداعه ملف الدعوى .

ومن حيث أن الثابت أن محكمة أول درجة قد أصدرت حكماً بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة وإلزام المحامى وراقعها المصروفات فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون مما يتعين معه الحكم بإلغائه وإعادة الدعوى إلى محكمة القضاء الإدارى للفصل فيها مجدداً من هيئة أخرى مع بقاء الفصل فى المصروفات .

(الطعن رقم ٢٥٨٩ لسنة ٣٦ قـج)

ووظيفة أستاذ مساعد من ١٩٧٤/٧/٢٠ ووظيفة أستاذ إعتباراً من ١٩٧٩/٧/٢١ حتى تاريخ تحرير هذه الإقادة وهي من الوظائف ذات بدل العدوى فيما نص عليه القرار رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٦٤ بجامعة القاهرة وعين شمس فإن المدعى يكون له الحق في صرف بدل العدوى بالفئة المقررة لوظيفته بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ وذلك إعتباراً من ١٩٨٢/١/١٥ حتى ١٩٨٣/١/٣١ وما يترتب على ذلك من آثار .

فهذه الاسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى في صرف بدل العدوى بالفئة المقررة لوظيفته بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ عن الفترة من ١٩٨٢/١/١٥ حتى ١٩٨٣/١/٣١ ورفض الطعن فيما عدا ذلك وألزمت المدعى والجهة الإدارية بالمصروفات مناصفة .

(الطعن رقم ٢٤٧٠ لسنة ٣٣ ق.ع)

(٣٣)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/١١

طلب الطاعن قبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء أصلياً بسقوط الحق المدعى به لإقامة الدعوى بعد الميعاد المقرر بالمادة ١١ مكرراً من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٠

متنوعة عنها ومن ثم فإن ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعاً لحكم يجوز حجية الشيء المقضى فيه وتقدير وحدة اختلاف الموضوع في الدعويين مما يدخل في سلطة المحكمة ، ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى به فإنه يمتنع على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة الى المناقشة في المسألة التي فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يحثها الحكم الصادر فيها .

وكان الطاعن قد أقام الدعوى رقم ١١٤١ لسنة ٣٤ ق ضد السيدين رئيس جامعة الاسكندرية ومدير معهد البحوث الطبية طلب في ختامها الحكم بأحقية في صرف بدل العدوى بالفئات الواردة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٥٥ لسنة ١٩٦٠ وما يترتب على ذلك من آثار وفروق مالية ، وقد قضت المحكمة بجلسته ١٩٨٢/١/١٤ بأحقية المدعى (الطاعن) في راتب بدل العدوى وصرف الفروق المالية إعتباراً من ١٩٧٥/٨/٤ حتى ١٩٧٩/٧/٣٠ التاريخ السابق على شغلة المدعى وظائف قسم الأمراض الباطنة الذي لم يرد النص عليه في قرارات وزير الصحة الصادرة تنفيذاً لقرار رئيس الجمهورية سالف الذكر .

ثم أقام الطاعن دعواه أمام محكمة القضاء الإداري والحكم المطعون فيه طلب فيها أحقيته في صرف بدل العدوى المقرر بقرار رئيس الجمهورية سالف الذكر حتى تاريخ صدور حكم في الدعوى طالما ظل شاغلاً لاحدى الوظائف المقرر لها بدل عدوى .

وحيث أن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها أن إفاضة السيد عميد معهد البحوث الطبية جامعة الاسكندرية أن الطاعن قد شغل وظيفة مساعد باحث (معيد) بقسم الباثولوجيا الاكلينيكية إعتباراً من ١٩٦٦/٥/١١ ووظيفة مدرس من ١٩٦٩/٧/١٤

فى شأن العامل التسوية الصحيحة التى يستحقها قانوناً والاعتداد بها عند ترقيته للدرجة التالية نزولاً على صريح حكم المادة الثامنة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٤ .

ومن ثم فإن القرار رقم ٧٠٠ لسنة ١٩٨٤ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٦/٢٦ بإعادة تسوية حالة المدعى على النحو المتقدم يكون قد جاء على خلاف حكم القانون متعيناً إلغائه والإبقاء بصفة شخصية على الوضع الوظيفى الذى وصل إليه المدعى نتيجة التسوية الخاطئة التى أجريت له قبل صدور هذا القرار وإذ قضى الحكم المطعون فيه بغير هذا النظر الأمر الذى يتعين معه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى فى الإبقاء بصفة شخصية على الوضع الوظيفى الذى وصل إليه نتيجة التسوية الخاطئة مع ما يترتب على ذلك من آثار وألزمته الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ٢٦٥٧ لسنة ٣٤ ج)

(٣٤)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/١٨

من حيث أن حقيقة ما يهدف إليه المدعى فى الشق الأول من الدعوى هو طلب إعادة تسوية حالته وترقيته إلى الفئة الثالثة إعتباراً من ١٩٧٧/٣/١ وذلك بعد حساب مدة خدمته من ١٩٤٥/٣/١ حتى ١٩٤٩/١/٣١ ضمن مدة خدمته الكلية بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بينما تنازعه

وإحتياطياً برفض الدعوى وإلزام المطعون ضده هذه المصروفات .

وحيث أنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليه فى المادة سالفه الذكر ، والمعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨١ غايته ١٩٨٤/٦/٣٠ فإنه لما كانت الدعوى الراهنة لا تتعلق بالمطالبة بأى حق من الحقوق التى نشأت بمقتضى القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨٠ أو بمقتضى أحكام القسوانين أرقام ٨٣/١٩٧٣ و ١٠ و ١١/١٩٧٥ و ٢٢/١٩٧٨ أو القرار الصادر بالرسوب الوظيفى على النحو المنصوص عليه فى المادة ١١ مكرراً سالفه ، البيان وإنما تنصب على المنازعة فى أحقية جهة الإدارة فى إعادة تسوية حالة المدعى بالقرار رقم ٧٠٠ لسنة ١٩٨٤ والإبقاء على التسوية التى أجريت قبل صدور القرار المذكور وهو ما لا يتقيد به المدعى فى رفعها كما لا تتقيد بها المحكمة فى قبولها بسماعها ١٩٨٤/٦/٣٠ مما يضحى معه الدفع بعدم قبولها شكلاً لرفعها بعد الميعاد المذكور على غير سند صحيح من أحكام القانون متعيناً القضا برفضه وقبول الدعوى شكلاً .

وحيث أنه عن الموضوع فإن حقيقة ما يهدف إليه المدعى من دعواه هو الحكم بأحقية فى الإبقاء على وصفه الوظيفى الذى وصل إليه نتيجة التسوية التى أجريت له قبل صدور القرار رقم ١٩٨٤/٧٠٠ حتى ١٩٨٤/٦/٢٦ وذلك باعتباره حاصلاً على الدرجة الرابعة فى ١٩٧٤/١٢/٣١ وما يترتب على ذلك من آثار .

وحيث أنه إذا اختار العامل الإبقاء بصفة شخصية على وضعه الوظيفى الحالى الذى وصل إليه نتيجة التسوية الخاطئة فإن على الجهة الإدارية الإبقاء على هذه التسوية بصفة شخصية وعليها رغم ذلك إذ يجرى

وحيث أن الثابت من مطالعة الأوراق أن المدعى قد صدر لصالحه حكم من محكمة القضاء الإداري دائرة التسميات بجلسته ١٩٨٦/١/٢٢ في الدعوى رقم ١١٢٢ لسنة ٣٥ ق المقامة منه ضد الجهاز المركزي للمحاسبات قضى بأحقية في حساب مدة خدمته من ١٩٤٥/٢/١ حتى ١٩٤٩/١/٣١ ضمن مدة خدمته الكلية بالتطبيق لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ مع ما يترتب على ذلك من آثار ، وقد صار هذا الحكم نهائياً حاز لاقوة الأمر المقضى وتنفيذاً لذلك أصدرت الجهة الإدارية القرار رقم ٤٣٤ لسنة ١٩٨٧ بتاريخ ٨٧/٦/٢ بإعادة تسوية حالة المدعى حيث أصبح بالفئة الخامسة في ١٩٧٠/٣/١ لانتقضاء خمسة وعشرون عاماً على تاريخ دخوله الخدمة .

وإذا كان الثابت أن خدمة المدعى بدأت في ١٩٤٥/٣/١ بعد حساب مدة الخدمة السابقة ضمن مدة خدمته الكلية في الجهاز تنفيذاً للحكم المشار إليه وعلى ذلك فإن تطبيق أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ على حالته فإنه يكون مستحقاً للترقية إلى الفئة الرابعة إعتباراً من ١٩٧٣/٣/١ أول الشهر التالي لحضى سبعة وعشرون عاماً على التحاقه بالخدمة .

ومن حيث أن الحكم المطعون منه قد قضى بغير هذا النظر الأمر الذي يتعين معه القضاء بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون بأحقية المدعى في إعادة تسوية حالته وترقيته الى الفئة الرابعة إعتباراً من ١٩٧٣/٣/١ مع ما يترتب على ذلك من آثار .

(الطعن رقم ١٧٠٥ لسنة ٢٨ ق.ج)

الجهة الإدارية في ذلك وترى أن أثر هذا الضم يتوقف عند تاريخ العمل بالاتحة نظام العاملين بالجهاز في ١٩٧٦/١/١ وعلى ذلك فإن موضوع النزاع في الطعن المائل يدور حول مدى تطبيق القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ على الحالة الوظيفية للمدعى وهل يستمر تطبيق تسوية حالته بمقتضاه بعد تاريخ العمل بالاتحة المذكورة أم يتوقف أثره عند تاريخ العمل بهذه اللاتحة .

وحيث أن الاستفادة من النصوص المتقدمة أن الجهاز المركزي للمحاسبات قد نقلت تبعيته إلى مجلس الشعب بهدف معاونته في مباشرته مهامه في الرقابة على الأحوال العامة مع تقرير بعض الحصانات الخاصة للعاملين به حتى يمكنهم مباشرة أعمالهم المتعلقة بهذه الرقابة في حيدة وإطمئنان في سبيل تحقيق ذلك قررت لهم لاتحة خاصة تتولى تنظيم شئونهم الوظيفية وقد اشتملت هذه اللاتحة على نصوص تتعلق بالتعيين في وظائف الجهاز وأخرى تنظم ترقيتهم وعلاواتهم وبدلاتهم وحوافزهم وتنقلاتهم وإعاراتهم وتقاريرهم السنوية وأجائزهم وتأديبهم وإنهاء خدمتهم ، كما ألحق بهذه اللاتحة جدول يوضح وظائف الجهاز وفئاتها المالية والمجموعات الوظيفية التي تندرج تحت هذه الوظائف وعلى الرغم من أن هذه اللاتحة تضمنت تنظيماً شاملاً متكاملًا للشئون الوظيفية للعاملين بالجهاز إلا أنها تضمنت نصاً بمقتضاه أنه في حالة خلو اللاتحة من نص يحكم موضوعاً معيناً تطبق في هذه الحالة الأحكام المعمول بها في شأن العاملين المدنيين بالدولة أو القوانين أرقام ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ و ٤٤ لسنة ٣١ لسنة ١٩٧٥ أو لاتحة العاملين بمجلس الشعب .

(٣٥)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/١٨

مدينة السويس خلال الفترة من ١٩٧٥/١٢/٢٩ حتى ١٩٨٢/١٠/١٩ ثم عينت بمصلحة الخبراء بوزارة العمل وتسلمت العمل في ٢٠/١٠/٨٢ ، وقد صدر القرار المذكور في ظل العمل بحكم المادة ٢/٢٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة السالف ذكرها وقيل تعديلها بالقانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٣ ولم تستخدم الجهة الإدارية سلطتها التقديرية في حساب مدة خبرتها العملية السابقة وقت إصدار قرار تعيينها إلا أنها أي الجهة الإدارية عادت وأصدرت قراراً متضمناً بحساب مدة الخبرة السابقة التي قضتها بمجلس مدينة بنى سويف الى مدة خدمتها الحالية بمصلحة خبراء وزارة العمال بإرجاع أقدميتها في الدرجة الثالثة التخصصية الى ١٩٧٥/١٢/٢٩ وتسوية حالتها وتدرج مرتبتها على هذا الأساس وإذ صدر هذا القرار بحساب هذه المدة في تاريخ لاحق لتعيين المطعون ضدها مما أفقده شرطاً من شروط حساب مدة الخبرة العملية الزائدة إلا أن هذا القرار قد تحقق في مواجهة الجهة الإدارية بعدم الافصاح عن إرادتها بسحبه في المواعيد القانونية (ستين يوماً من تاريخ إصداره) مما يجعله قراراً نهائياً لا يجوز سحبه أو إلغاؤه ، وإذ أصدرت الجهة الإدارية القرار رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨٩ المطعون عليه بتعديل تسوية حالة المطعون ضدها الصادر بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ وذلك بانقاص عشرة جنيهاً من مرتبتها كنتيجة لتعديل هذه التسوية وهو ما لا يجوز قانوناً بعد مضي أكثر من ستين يوماً على صدور القرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ .

ومن ثم لا يعتد بالقرار الساحب المطعون فيه الأمر الذي يوجب الحكم بإلغائه والإعتداد بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ بكافة محتلاته وعناصره من إرجاع في الأقدمية وتدرج في المرتب على النحو الوارد به .

القاعدة أن ربط حساب مدة الخبرة العملية السابقة على التعيين بقرار التعيين الذي تصدره السلطة المختصة ويجعل ذلك جائزاً لها عند التعيين ومن ثم فإنه إذا ما تم التعيين دون استعمال هذه السلطة التقديرية تستمد حقها في هذا الشأن ويستقر الأمر على مقتضى ذلك ويكون سبيل العامل إن كان ثمة إساءة لاستعمال سلطتها أو مما لحقه دون مبرر أن يسلك طريق الطعن محل القرار الصادر بتعيينه خلال الميعاد القانوني المقرر لدعوى الإلغاء طالما أن الأمر يستلزم صدور قرار إداري خاص ينشئ للعامل أو يخلو مركزاً قانونياً ذاتياً .

ومن حيث أنه ولئن كان ذلك ما تقدم إلا أنه من ناحية أخرى فإن القاعدة القانونية المستقرة هي أن القرارات الإدارية التي تكسب الفرد حقاً أو مركزاً شخصياً لا يجوز سحبها في أي وقت وذلك إستجابة لدعوى المصلحة العامة حيث يجب أن يستقر القرار الإداري عقب فترة زمنية معينة وقد استقر قضاء هذه المحكمة على تحديد هذه المدة بستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه قياساً على مدة الطعن القضائي بحيث إذا انقضت تلك المدة إكتسب القرار حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء .

وحيث أنه بإعمال ما تقدم على حالة المدعية فإنه يبين من الإطلاع على ملف خدمة المطعون ضدها المودع أن لها مدة خبرة عملية سابقة كمهندسة بمجلس

فلهذه الاسباب

وحيث أن قياس كفاية الأداء لشاغلي وظائف الإدارة العليا هو قرار إداري نهائي يتضمن في ذاته حكماً على مبلغ كفايتهم الإدارية الفنية والقيادية وهو أمر يتعلق بسمعة الموظف وإعتباره في عمله ، كما أنه يؤخر ترقيةاتهم وفيما يتقرر منحه من علاوات تشجيعية وهذا الأثر أو ذلك يقيم مصلحة لهم في الطعن بالإلغاء عليه .

ومقتضى ذلك أنه إذا لم يترتب بالفعل على تقرير كفاية الأداء المطعون فيه أى تخطيط لصاحب الشأن في الترقية للموظفة الأعلى أو حرمانه من العلاوات التشجيعية التى يتقرر منحها لشاغلي وظائف الادارة العليا فإن مصلحته فى طلب الإلغاء تظل قائمة لما يتضمنه التقرير فى ذاته ولا يؤثر على بقا هذه المصلحة إنتهاء خدمته لبلوغ سن الإحالة إلى المعاش لأن هذا لا يُعد سبباً قانونياً يمتنع معه إعمال آثار حكم إلغاء تقرير كفاية الأداء المطعون فيه وإزالة مالحقه بسمعه ذى الشأن وإعتباره من جراء القرار المطعون فيه .

وحيث أنه ولئن كانت المدعية لم تقدم ما يثبت أنه ترتب على تقرير كفاية الأداء لعام ١٩٨٣ من ١/١ حتى ١٩٨٣/١٢/٣١) المطعون فيه تخطيها فى الترقية إلى الوظيفة التى تعلو وظيفة مدير عام التى تشغلها الحكم بإلغائه وإلزام الجهة الإدارية المصروفات .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء المحكم المطعون غيه وبقبول المدعى شكلاً وبإلغاء القرار المطعون فيه وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٣٤ ق.ج)

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه وبإلغاء القرار رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨٦ والإعتداد بالقرار رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٤ الصادر فى ١٩٨٤/٦/٢٥ بتسوية حالة المطعون ضدها بكافة مشتعلاته على النحو المبين بالأسباب وألزمت الجهة الإدارية المصروفات .

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٧ ق.ج)

(٣٦)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/٢٥

مفاد نص الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة تقضى بأن لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية ، كما يجب فى المصلحة اللازمة لقبول الدعوى أن تكون شخصية مباشرة إلا أنه فى مجال دعوى الإلغاء وحيث تتصل هذه الدعوى بإعتبارات المشروعية والنظام العام فإن القضاء الإدارى لا يفت فى تفسير شروط المصلحة الشخصية عند ضرورة وجود حق يكون القرار الإدارى المطلوب إلغاؤه قد أهدرته أو مسه - كما هو الحال بالنسبة للدعوى الحقوقية - وإنما يتسع شرط المصلحة الشخصية قبل دعوى الإلغاء يكون رافعها فى مركز قانونى خاص أو فى حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه شأنها أن تجعله ما دام قائماً مؤثراً فى مصلحة ذاتية - معادية أو أدبية - تأثيراً مباشراً ويتعين أن يتوفر شرط المصلحة من وقت رفع الدعوى وأن يستمر حتى يفصل فيها نهائياً .

(٣٧)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثانية

جلسة السبت

١٩٩٥/٣/٢٥

إذا كان الطاعن قد طلب في ختام طعنه قبوله شكلاً
ورفى الموضوع بإلزام المدعى عليه الأول بصفتة
بالاتي :

١- تقديم تسويتين للمعاش الأساسي إحداهما طبقاً
للمادة ٣١ والأخرى طبقاً للقواعد العامة تتضمن
تفصيلاً لوجهة نظرها في تطبيق كل تسوية .

٢- تعديل ربط المعاش الأساسي للطاعن على أساس
التسوية طبقاً للمادة ٣١ لأنها أفضل له حسب
التطبيق الصحيح لهذه المادة .

٣- إعادة النظر في الزيادات والإعانات المقررة قانوناً
وكذلك الزيادات التي تقررت إعتباراً من
١٩٩٠/٧/١ .

٤- إعادة حساب المكافأة وتعويض المدة الزائدة طبقاً
لأحكام القانون في هذا الشأن .

٥- صرف الفروق المالية المترتبة على الطلبات
المتقدمة .

وحيث أنه عن طلب الطاعن حساب معاشه المستحق
له عن الأجر الأساسي على أساس المرتب الذي وصل
إليه ومقداره ٤٠٠ جنيه فإن المادة ٣١ من قانون
التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٦ لسنة
١٩٧٥ والقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ .

وحيث أنه متى كان ذلك ما تقدم وكان الثابت من
الأوراق وبلا تنازع من جانب الجهة الإدارية أن الطاعن

قد تم تسوية معاشه الأجر الأساسي على أساس
المعاملة الخاصة بالوزير تنفيذاً لقرار التفسير
التشريعي رقم ٣ لسنة ٨ ق المحكمة الدستورية العليا
الصادر في ١٩٩٠/٣/٣ .

ومن ثم فإنه يستحق عن الأجر الأساسي للمعاشين
المنصوص عليهما في البندين أولاً وثانياً من الفقرة
الأولى من المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي
المشار إليه مع مراعاة القيد الذي أورده البند ثانياً
سالف الذكر وبالتالي يعتبر الحد الأقصى للمعاش عن
الأجر الأساسي للوزير ومن يعامل معاملته من حيث
المعاش -كعالة الطاعن - مائتا جنيه شهرياً وقد جرى
قضاء هذه المحكمة في هذا الخصوص على أن هذا
المبلغ يمثل الحد الأقصى .

والسقف الأعلى لأية تسوية لهذا المعاش عن الأجر
الأساسي بحيث لا يجوز تجاوزه إعمالاً للنصوص
التشريعية السابقة بيانها وبهذا الحد يتحدد المعاش
المقرر للطاعن عن الأجر الأساسي وهو ما أثبتت به
الهيئة المطعون ضدها وبما يتفق مع التطبيق السليم
لصحيح القانون .

وحيث أنه عن الأساس الذي يجري عليه حساب
مكافأة العشرة أشهر هو المتوسط الشهري للأجر
المؤمن عليه الذي أدبت على أساسه الاشتراكات خلال
السنتين الأخيرتين من مدة إشتراكه في التأمين أو
خلال مدة إشتراكه في التأمين إن قلت عن ذلك فالعبرة
وفقاً للحكم التشريعي الصحيح هو بالأجر الذي أدبت
عنه الاشتراكات بغض النظر عن الأجر الذي بصرف
للمؤمن عليه ومن ثم ينطبق في هذا الشأن ما سبق ذكره
بخصوص الدفعة الواحدة فيجري حسابها على أساس
الأجر الذي أدى على أساسه الاشتراك في المعاش
الأساسي وهو لا يجاوز ٢٥٠ جنيه شهرياً في الحالة
المعروضة وهو ما طبقته الجهة الإدارية في شأن حالة
الطاعن حسبما أشارت في مذكرة دفاعها ولم يناقضاها

فى حكمها أن قيمة الأعمال المخالفة خمسمائة جنيهاً ولا تؤثر على سلامة المبنى وأنها أقيمت قبل صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء .

أصدرت محكمة القضاء الإدارى حكمها الطعين القاضى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأقامت قضاها على أن تقرير اللجنة الفنية التى إنبنى عليها القرار المطعون بتقدير العمال المخالفة بمبلغ ٢٩١١٦ جنيهاً المشار إليه شاملاً من الدور الأرضى إلى الرابع إلا أن هذا القرار قد تم تعديله فى ١٩٨٦/٤/٦ بعد إستبعاد الأدوار من الأرضى حتى الثانى ونص صراحة على إزالة الدورين الثالث والرابع .

وحيث أن قضاء هذه المحكمة - جرى عل أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم البناء لم يعقد للجهة الإدارية أو اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٦ منه أى اختصاص ملزم فى تحديد قيمة الأعمال المخالفة أو حساب مقدار الغرامة الواجبة أو طريقة تحصيلها وإنما درج العمل على الإدلاء بهذا التقدير ضمن ما يهرض على المحكمة الجنائية بشأن المخالفة من مستندات تعيينها على تقرير قيمة المخالفة وتحديد مقدار الغرامة تيسيراً عليها عند الفصل فى الدعوى الجنائية ومن ثم يسوغ لصاحب العقار المجادلة فى هذا التقدير عملاً بحقه فى الدفاع عن نفس بكافة طرق الإثبات كما تملك المحكمة الجنائية بسط ولايتها ورقابتها على هذا التقدير بما لها من حرية مطلقة فى تكوين عقيدتها من أدلة بيانات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً تأخذ بها إذا اقتنعت بها وتطرحها إذا ما تطرق الشك إلى وجدانها فيها وعلى ذلك فإن تقدير الجهة الإدارية بتقدير قيمة الأعمال المخالفة لا يعدو أن يكون تقدير خبرة فنية توضع تحت تصرف المحكمة الجنائية بإعتبارها الخبير الأعلى فى الدعوى الجنائية المعروضة عليها .

الطاعن وعلى ذلك فإنه يتعين رفض طلبها بأن يكون أساس حساب مكافأة العشرة أشهر المشار إليها على أساس الأجر الأساسى الشهرى المنصرف له وهو ٤٠٠ جنيهه دون الأجر المسدد عنه الاشتراك وهو ٢٥٠ جنيهاً شهرياً لعدم إستناد هذا الطلب على أساس قانونى صحيح .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وبرفضه موضوعاً .

(الطعن رقم ١١٧٦ لسنة ٣٧ ق ج)

(٣٨)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الأولى

دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات

جلسة الأحد

١٩٩٥/٤/١٦

لما كان المدعى قد أقام دعواه أمام محكمة القضاء الإدارى طالباً الحكم فيها بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الصادر بتقدير قيمة الأعمال المخالفة بمبلغ ٢٩١١٦ جنيهاً وذلك إستناداً الى أنه سبق وأن قدم للمحاكمة الجنائية فى اللجنة الرقسية ١١٠٣ لسنة ١٩٨٣ لإقامته بناء بدون ترخيص فى عين النزاع وقضى بانقضائها لمضى المدة بالإضافة إلى أن التقرير الهندسى المقدم من مكتب الخبراء أوضح أن المبانى موضوع المخالفة تقع بالمنور الخلقى للعقار وأنها قديمة منذ عام ١٩٧٤ ولا تخالف خط التنظيم وإن كانت تخالف إشتراطات المنطقة وقد أكدت المحكمة

(٣٩)

المحكمة الإدارية العليا

الدائرة الثالثة

جلسة الثلاثاء

١٩٩٥/٥/١٦

طلب الطاعن الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه إلى إلزام المطعون ضده بأن يدفع له مبلغ ٦٤٣٢٨٣٥ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد والمصروفات وقد أودعت هيئة مفوضي الدولة تقريراً مسبباً بالرأى القانوني في الطعن وارتأت فيه الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بإلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء بأحقية الطاعن بصفته في إقتضاء مبلغ ٣٤٣٣١٦٥ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد وإلزام المطعون ضده بالمصروفات .

من حيث أن المقرر أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود وأنها تحسب بالنسب والأوضاع المنصوص عليها باللائحة المشار إليها وبهذه المثابة يتعين إحتساب نسبة غرامة التأخير من ختام العملية إذا ثبت أن الجزء المتأخر من العملية المتعاقد عليها يمنع من الإنتفاع عن الأعمال المنفذة على وجه مرضي ، وأما إذا ثبت أن الأعمال المتأخرة لا تتحقق بما تم تنفيذه من أعمال ، فعندئذ تحسب نسبة غرامة التأخير من قيمة الأعمال المتأخرة فحسب .

والشائب أن المطعون ضده تقاعس عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها في المواعيد المتفق عليها ،

ومن ثم فإن ما درجت عليه الجهة الإدارية من تقدير لقيمة الأعمال المخالفة لقانون المباني لا يعدو أن يكون عملاً تحضيرياً يوضع تحت نظر المحكمة لإعانتها على تقدير خطورة الجريمة وتحديد العقوبة الصالحة لها دون أن يكون لهذا التقدير في حد ذاته أثراً قانونياً ملزماً في حق ذي الشأن سواء في المجال الإداري أو الجنائي ، ومتى كان ذلك فإنه لا يعدو قراراً إدارياً بالمعنى الفني الدقيق الذي يسوغ لصاحب الشأن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بحسبانه لا يشكل إفصاحاً لإرادة الجهة الإدارية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم .

وإذا انتفى ركن الإلتزام القانوني في عمل الإدارة للأفراد انتفى القرار الإداري وأن مسمى التعرف قراراً لإنتفاء التأثير الإلزامي في المركز القانوني لذوي الشأن كما هو الحال في الطعن المائل إذ يظل لهؤلاء حق المنازعة في هذا التقدير وتقديم القيمة التي يرونها مناسبة أو فيها نهائياً بما يقدمونه للمحكمة الجنائية من مستندات وأوجه دفاع تؤيد وجهة نظرهم وتدحض ما قدمته الجهة الإدارية من تقديرات وتلك المحكمة وهي في مجال استجلاء الحقيقة وتقدير العقوبة المناسبة أن تزن المستندات والتقارير وأوجه الدفاع المطروحة عليه بميزان القانون دون أن تكون ملزمة بالإلتصاف لأحد الجانبين دون الآخر وكل أولئك أيد على أن تقدير قيمة العمال المخالفة لقانون توجيه وتنظيم البناء أو لانتعته التنفيذية لا يعدو بذاته قراراً إدارياً نهائياً يسرع الطعن فيه قضاء ، وإذ قضى الحكم الطعين برفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها إستناداً إلى توافر أركان القرار الإداري في المنازعة المطروحة وتناقض أسبابه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله وأضحى خليقاً بالإلغاء الأمر الذي يتعين معه الحكم بإلغائه والقضاء بعدم قبول الدعوى لإنتفاء القرار الإداري .

(الطعن رقم ٢١٤٢ لسنة ق)

٣٧٥، ٣٤٣٣ جنيهاً والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ المطالبة القضائية وحتى تمام السداد وألزمت المطعون ضده المصروفات .
(الطعن رقم ٢٥٩٤ لسنة ٣٦ ق)

(٤٠)

المحكمة الإدارية العليا الدائرة الثالثة العقود الإدارية والتعويضات جلسة الثلاثاء ١٩٩٥/٥/١٦

عدم إخطار الجهة الإدارية بإنهاء التعاقد مع المدعى في الميعاد المقرر قانوناً بمقتضى العقد المبرم بينهما . جزاء ذلك هذا اعتبار العقد مجدداً لسنة أخرى .

إذا كان المدعى يهدف تبعاً لذلك إلى الحصول على ما يعادل قيمة الأعمال المنفذة خلال العام الذى إمتد إليه العقد فيما لو قام بتنفيذ العقد خلال مدة الإمتداد إلا أن حقه فى التعويض يقتصر على أساس ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة وهذا الحق فقط على الربح الذى كان يتحصل عليه فيما لو قام بتنفيذ العقد .

حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تتحدد طبقاً لنصوص العقد ومن ثم فإن النص الذى يتحدد باتفاق المتعاقدين فى العقد الإدارى يقيّد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ يتمتع بالخروج عليه ومرد ذلك إلى أن ما أتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتها التى تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته .

(الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٥ ق)

فضلاً عن أنه توقف نهائياً عن إنجازها مما حدا بالجهة المتعاقدة الى إسناد جزء من أعمال المقاولات إلى مقاول آخر وإنهاء التعاقد دون التنفيذ على الحساب بالنسبة لباقى الأعمال .

وإذا تبين لجهة الإدارة المتعاقدة أن المقاول (المطعون ضده) قد قام بتنفيذ أعمال لا تتجاوز نسبة ١٠٪ من جملة الأعمال المتعاقد عليها .

قررت إحساب غرامة التأخير بواقع ١٥٪ من قيمة ختامى العملية لتكون قيمة الغرامة مبلغ ٤٨٢٨،٢٧٥ جنيهاً ، فمن ثم تكون مطالبتها بهذه القيمة قائمة على سند من القانون مما يتعين معه القضاء بأحقيتها فى إقتضاء المبلغ المذكور .

من المقرر أن إقتضاء غرامة التأخير من الملاحظات المتروكة لجهة الإدارة المتعاقدة وأنه يكون للجهة الإدارية الحق فى توقيعها بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر ، وقد أجازت المادة ٨٢ من لائحة المناقصات والمزايدات المشار إليها لجهة الإدارة والحق فى إقتضاء هذه الغرامة فى جميع الأحوال ، يستوى فى ذلك أن يكون التعاقد قد تم فسخه ، أم تم تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر وبهذه المثابة يتم إحساب الغرامة على النحو المقرر بنص المادة ٨١ من تلك اللائحة .

ومن المقرر أيضاً أن تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر ليس عقوبة توقيع على المقاول وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الإلتزام عينا تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته فمن ثم يكون لجهة الإدارة الحق فى إقتضاء فروق الأسعار الناجمة عن التنفيذ على الحساب .

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المطعون فيه ليكون الإلزام المطعون ضده بأن يؤدى للطاعن بصفتيه مبلغاً وقدره



أبحاث ودراسات قانونية

**بحث فى
الإضراب فى القانون
المصرى والمقارن**

**للدكتورة / ناهد العجوز
المحامية بدمياط**

(١) تمهيد :

ونتكلم في البند ثانياً : عن عناصر الإضراب الأساسية
سواء العناصر المادية بعنصرها الثانويين : التوقف
عن العمل والتوقف الجماعي « سواء العناصر المعنوية
بعناصرها الثانوية ، نية الإضراب وتدبير الإضراب
والمطالب المهنية ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : تعريف الإضراب :

(٣) ١- تعريف الإضراب في الفقه الفرنسي :

ذهب رأى أول إلى تعريف الإضراب « بأنه كل
توقف عن العمل بصفة مؤقتة ، تبرره مطالب قد تؤدي
إلى إفادة مجموع العمال أو طائفة منهم ، والتي تعبر
عنها مجموعة ممثلة بصورة كافية للرأى العمالي » (٤)
وأضاف البعض من أصحاب هذا الرأى إلى هذا التعريف
العبارة الآتية : ويشترط عدم إرتكاب المخالفات التي
يمكن أن تعيب الإضراب المشروع (٥) .

ويؤخذ على هذا التعريف عدم إظهار الصفة
الجماعية للتوقف عن العمل « Caractère Foule » ،
كما أنه لم يبين طبيعة مطالب العمال التي تبرر
الإضراب « Caractère des revendications ouvrières » .

وذهب رأى ثانى إلى تعريف الإضراب « بأنه
التوقف الجماعى والمدير عن العمل بواسطة عدد كاف
من العمال ، داخل مهنة معينة أو مؤسسة معينة ،
لتحقيق غرض معين ، مع نية إستئناف العمل بعد
تحقق الهدف أو إنتهاء المنازعة العمالية » (٦) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه بدوره لم يحدد طبيعة
مطالب العمال التي تبرر الإضراب ، ومن ثم فهو يتسع
لأنواع المطالب الأخرى المهنية أو الاجتماعية أو
السياسية .

- ملحوظة : الهوامش ١- ٣ مذكورة .

(4) Durand et Vitu : trité de droit du travail t. III. 1956. P. 739 .

(5) La tourneri : Le droit français de la grève Sirey, 1972. P. 266 .

(6) Nipperdey la huburch.t. II. P. 652 cité par Durand et Vitu, op. cit. p.

موضوع البحث هو الإضراب فى القانون المصرى
والمقارن . ويقتضى الكلام عن حق الإضراب « Greve »
تقسيم الموضوع إلى ثلاثة عناصر هى :

- ماهية الإضراب .

- مدى مشروعية الإضراب .

- أثر الإضراب على العلاقات العمالية .

ثم يلحق بالبحث مشروع قانون تنظيم حق العمال فى
الإضراب فى مصر ، حسب الصياغة المناسبة فى رأى
الباحث ، مذيّل بالمذكرة الإيضاحية ، وذلك على النحو
الآتى :

المبحث الأول : ماهية الإضراب .

المبحث الثانى : مدى مشروعية الإضراب .

المبحث الثالث : أثر الإضراب على العلاقات العمالية .

ملحق : مشروع قانون الإضراب .

المبحث الأول

ماهية الإضراب

(٢) تمهيد :

نتكلم فى هذا المبحث عن ماهية الإضراب ، وذلك
من خلال بندين كبيرين .

**نتكلم في البند أولاً : عن تعريف الإضراب سواء فى
الفقه والقضاء الفرنسى حيث توجد سبعة آراء فقهية من
أول رأى الفقيهيين « Durand et Vitu » إلى رأى
الفقيه « Sinay » ، وسواء فى الفقه والقضاء
المصرى ، حيث توجد سبعة آراء فقهية ، من أول رأى
الفقيه الدكتور محمد حلمى مراد سنة ١٩٥٢ ، إلى
رأى الفقيه الدكتور السيد عبد نايل سنة ١٩٨٨ ،
وأخيراً رأى الباحث الخاص .**

كما ذهب أصحاب هذا الرأي في تعريف حديث إلى أن الإضراب هو وسيلة ضغط للحصول على مطالب ، يعبر عنها برفض جماعي لعمل تابع ^(١٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف على الرغم من أفضليته عما سبقه ، عدم تحديده لطبيعة مطالب العمال التي تبرر الإضراب ، وكذلك التوسع في معنى الإضراب بحيث يشمل الإضراب السياسي إلى جانب الإضراب المهني .

(٤) ٢- تعريف الإضراب في القضاء الفرنسي :

يعتبر الإضراب أحد الحقوق الدستورية في فرنسا ، ومنذ سنة ١٩٥١ تعرضت محكمة النقض الفرنسية لتعريف الإضراب في العديد من أحكامها . وقد بدأت المحكمة بتعريف ضيق للإضراب . كان محلاً لانتقاد بعض الفقه « بأنه طريق للدفاع عن المصالح المهنية » ^(١٣) .

وعرّكت محكمة النقض الفرنسية الإضراب في حكم آخر « بأنه توقف مدبر عن العمل بهدف الحصول على تحسين لشروط العمل » ^(١٤) .

وذهب رأي ثالث إلى تعريف الإضراب « بأنه توقف كامل عن العمل ، وله صفة جماعية ، ويسبب مطالب مهنية » ^(١٥) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه وإن كان قد أظهر الصفة الجماعية للإضراب وبين مطالب العمال التي تبرر الإضراب ، إلا أنه ينقصه بيان صفة أن يكون الإضراب مدبراً « Convenue » .

وذهب رأي رابع إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف الجماعي ، المدبر عن العمل ، بهدف ممارسة الضغط على صاحب العمل أو السلطات العامة » ^(١٦) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل هدف الإضراب الضغط على صاحب العمل بصفة عامة ، وكذلك الضغط على السلطات العامة ، الأمر الذي يعني أنه يتسع لجميع أنواع الإضراب بما فيها الإضراب السياسي .

وذهب رأي خامس إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف عن العمل ، عن طريق العمال ، بهدف الضغط على صاحب العمل ، لإجباره على الموافقة على وجهة نظرهم فيما يتعلق بموضوع النزاع » ^(١٧) .

ويؤخذ على هذا التعريف بدوره عدم تحديده لطبيعة مطالب العمال التي تبرر الإضراب .

وذهب رأي سادس إلى تعريف الإضراب « بأنه التوقف الجماعي عن العمل بقصد الحصول على مطالب أو تطبيق قانون من جانب صاحب العمل » ^(١٨) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد طبيعة المطالب التي يتسمك بها العمال والتي تبرر الإضراب ، كما أنه لم يبين صفة أن يكون الإضراب مدبراً .

وذهب رأي سابع إلى تعريف الإضراب « بأنه رفض جماعي ومدبر للعمل يعبر عن نية العمال في الخروج مؤقتاً على شروط العقد لإتجاح مطالبهم » ^(١٩) .

(7) Camerlynck : traité pratique de rapture du contract de travail 1959, 736 P. 43 .

(8) Camerlynck et Lyon Caen, droit du travail Dalloz, 1965, No. 599 et l. De. éd. 1980, No. 691, P. 743 .

(9) Rivero et Savatier : droit du travail, 1966, P. 180 .

- يأخذ بهذا الرأي في الفقه المصري الدكتور علي عوض حسن في « الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد » ط ١٩٧٦ .

(10) Verdier : traité de droit du travail, Dalloz, 1966, P. 183 .

(11) Sinay : La grève, t. VI du traité de droit du travail publié sous la direction de Camer Lynck, 1966, P. 133 .

(12) Sinay et Javillier : La grève, t. VI, 2^{ème} éd, 1984, P. 197 et s.

(13) Cass, soc. 28 juin 1951, dr. sov. 1951, P. 536 .

(14) Cass. soc. 30 et. 1963, D. 1964, 3 .

ثم استقرت محكمة النقض الفرنسية في أحكام عديدة على تعريف الإضراب « بأنه توقف مدير عن العمل بغرض تأييد مطالب مهنية محددة سلفاً ، رفض صاحب العمل تحقيقها » (١٥) .

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا التعريف على التوقف الجماعي المدير عن العمل احتجاجاً على شروط العمل الجديدة ، والإحتجاج ضد فصل بعض العمال وفي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كانت إدارة المشروع قد فرضت على كل عامل يعمل في المشروع التزاماً بأن يؤشر بما قام بإنتاجه في كارت « يسمى » كارت الإنتاج « Carte de la production » وقد حدث أن رفض عاملان إمساك هذا الكارت أو التأشير فيه ، ففصلتهما إدارة المشروع . تضامن معهما عدد من زملائهما ، وإمتنعوا عن العمل احتجاجاً على شروط العمل الجديدة والفصل وقد كيفت المحكمة هذا الإمتناع عن العمل بأنه إضراب (١٦) « grève » .

وكيفت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر التوقف عن العمل من جهة العمال احتجاجاً على الفصل الجماعي على أنه إضراب (١٧) .

كذلك كيفت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الإمتناع الجماعي ، المدير عن العمل إحتجاجاً ضد المعاملة القاسية للعمال على أنه يشكل إضراباً (١٨) .

٣-٥- تعريف الإضراب في الفقه المصري :

ذهب رأى أول إلى تعريف الإضراب ، « بأنه ليس عملاً إيجابياً بل هو إمتناع ، يقصد به وقف سير العمل في المصنع ، فيستعذر على صاحب العمل إجابة الطلبات على منتجاته مما يعرضه لفقد عملائه ويعطل رأس ماله خلال فترة الإضراب . وقد يؤدي أحياناً إلى إفساد ما لديه من مواد أولية أو منتجات سريعة التلف ، الأمر الذي يكيد صاحب العمل الخسائر الكثيرة ،

ويحمله على التماسه مع عماله وإجابة مطالبهم » (١٩) ويؤخذ على هذا التعريف أن الإضراب لا يكون سوى في المصانع وهذا ليس صحيحاً كما أنه لم يحدد طبيعة مطالب العمال التي تبرر الإضراب .

وذهب رأى ثانى إلى تعريف الإضراب « بأنه الإتحاد بين جماعة من العمال على الإمتناع عن العمل ، بقصد الحصول على مزايا معينة من رب العمل ، مقابل عودتهم إلى العمل » (٢٠) .

ويؤخذ على هذا التعريف تحديده معنى الإضراب بأنه إتحاد بين جماعة من العمال أى أنه يشترط في الإضراب الإتفاق المسبق بين المضربين ، مع أن هذا الشرط لم يعد له أساس في تعريف الإضراب .

وذهب رأى ثالث إلى تعريف الإضراب « بأنه إمتناع العمال عن تنفيذ العمل الملزمين به بموجب عقود العمل الفردية التي تربطهم مع أصحاب الأعمال » (٢١)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يشمل سوى العناصر المادية للإضراب أى التوقف عن العمل دون العناصر المعنوية للإضراب أى تلاقى إرادات العمال المضربين حول هدف مهني مشترك كما لم يحدد طبيعة المطالب العالية التي تبرر الإضراب .

(15) Cass. soc. 27 Janv. 1968, Bull. Civ. V. No. 35 P 30 .

- Cass. soc. 27 Janv. 1969, Bull. No.50, P. 41 .

- Lyon Caen et Pelissier : Les grands arrêts de droit du travail, deuxième éd, 1980 P. 28 et s.

- راجع في تأييد هذا التعريف :

- Sinay : la grève, op. cit. P. 133 .

- Brun et Gaillard : droit du travail, t. II 2ème éd, 1978, P. 427 .

(16) Cass. Soc. 30 nov. 1977. Bull. V. No. 655 P. 523 .

(17) Cass. Soc. 27 fev. 1974. J. C. P. 1974 . IV .

(18) Cass. Soc. 26 oct. 1977. Bull. Civ. V. No. 565.

(١٩) الدكتور محمد حلمي مراد « قانون العمل » ج ٢ ط ١ ١٩٥٢ ص ٤١٧ .

(٢٠) الدكتور حسين عامر « إلقاء العقد » ط ١ ١٩٥٣ ص ٨٨ .

(٢١) الأستاذ على العريف « شرح قانون العمل » ط ١ ١٩٦٤ ص ٢٧١ .

وذهب رأي سابع إلى تعريف الإضراب « بأنه إمتناع العمال عن العمل إمتناعاً إرادياً ومديراً ، لتحقيق مطالب مهنية » (٢٥) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه وإن كان أفضل التعريفات السابقة من حيث إظهار عناصر الإضراب ، إلا أنه يتقصه إظهار حق دستوري لا ينبغي حرمان الشعوب منه .

وذهب رأي ثامن حديث إلى تعريف الإضراب « بأنه توقف بعض العمال عن العمل توقفاً كاملاً ومديراً ، بقصد الضغط على صاحب العمل لحمله على إجابة المطالب المهنية التي سبق له رفضها من قبل . ومن هذا التعريف يجب لتوافر الإضراب قانوناً توافر نوعين من العناصر :

١- العناصر المادية وتشمل :

(أ) التوقف عن العمل .

(ب) التوقف الجماعي .

٢- العناصر المعنوية وتشمل :

(أ) قصد الإضراب .

(ب) تدبير الإضراب .

(ج) تحقيق المطالبة المهنية (٢٦) .

وذهب رأي رابع إلى تعريف الإضراب بأنه هجر الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ، مع تمسكهم بوظائفهم ، ويلجأ الموظفون عادة لهذا الإجراء إظهاراً لسخطهم على عمل من أعمال الحكومة ، أو لإرغام الحكومة على إجابة مطالبهم » (٢٧) .

ويؤخذ على هذا التعريف قصر الإضراب على الوظائف العامة فقط ، كما أنه لم يبين طبيعة المطالب التي يتمسك بها المضربون .

وذهب رأي خامس إلى تعريف الإضراب بصفة عامة « بأنه إتفاق العمال على الإمتناع عن العمل مدة من الزمن ، دون أن تنصرف نيتهم إلى التخلي عن وظائفهم نهائياً ، وذلك بقصد إستيانتهم من أمر من الأمور أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب لا سيما المتعلقة بالعمل كرفع الأجور » (٢٨) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يجعل الإتفاق بين العمال المضربين عنصراً فيه .

وذهب رأي سادس إلى تعريف الإضراب « بأنه حق تقررته الدولة لطوائف العاملين بها ، متى بلغت شأواً بعيداً من النضج والوعي يؤهلها إلى ممارسة ذلك الحق في صورة إتفاقهم المسبق على التوقف عن العمل وتركه ، مع تمسكهم بوظائفهم أو أعمالهم بقصد الضغط على الإدارة أو أرباب الأعمال بحسب الأحوال من أجل تحسين شروط العمل وأحكامه » (٢٩) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غريب ومعيب في ذات الوقت فهو غريب لأنه يجعل من نضج ووعي طوائف العاملين بالدولة شرطاً لمنحهم حق الإضراب ، الأمر الذي يدعو للتساؤل : من الذي يقرر بلوغ طوائف العاملين هذه الدرجة من النضج والوعي ؟ الواقع أن هذا الرأي يجعل الحاكم وصياً على الشعب بحيث يمكنه رفض الاعتراف بحق الإضراب بحجة وأهمية هي تخلف هذا الشعب عن غيره من الشعوب . وهو معيب لأنه يجعل الإتفاق السابق بين المضربين عنصراً في الإضراب .

(٢٢) الدكتور محمد فؤاد مهنا « الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة » ط ١ ١٩٦٦ ص ١٥٢ .

(٢٣) الدكتور سليمان الطمائي « مبادئ القانون الإداري - الكتاب الثاني » - نظرية المرافق وعمل الإدارة العامة » ط ١ ١٩٧٢ ص ١٧٧ .

(٢٤) الدكتور ناصف إسماعيل « إضراب العاملين بين الإجازة والتعريم » رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة ١٩٨٤ ص ٥٦ .

(٢٥) الدكتور محمود جمال الدين زكي « قانون العمل » ط ١ ١٩٨٣ بند ٤١٠ ص ٨٠٤ .

(٢٦) الدكتور محمد عبد الخالق عمر « قانون العمل الليبي » ط ١ ١٩٧٠ ص ٢٢٤ .

(٢٧) الدكتور السيد عيد نايل « مدى مشروعية الإضراب » ط ١ ص ١٦٦ .

(٢٨) الدكتور محمد عبد الباسط محمد عبد المحسن - المدون بقسم التشريعات الاجتماعية « الإضراب في قانون العمل » ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٩٢ .

(٢٩) الدكتور محمد عبد الباسط محمد عبد المحسن - المدون بقسم التشريعات الاجتماعية « الإضراب في قانون العمل » ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٩٢ .

- لتحقق جريمة الإضراب عن العمل ، هو ما كان مقدماً وفق المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من قانون العمل الملغى ١٩٥٩/٩١ فحسب .

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد :

أن كل ما تتطلبه المادة ١٢٤ من قانون العقوبات هو أن يمتنع الموظف أو العامل عن عمله أو يتركه بقصد عرقله مسيره أو الإخلال بانتظامه وهي لا تستلزم وقوع ضرر بالمصلحة العامة ، ولا أن يكون المتنوعون متعددين (٢٨) .

« لا يشترط القانون لقيام جريمة بالتحريض على ترك العمل الفردي ، توافر قصد جنائي خاص ، بل يكفي لتوافرها أن يحصل التحريض عن إرادة من الجنائي وعلم منه بجميع أركانها التي تشكل منها قانوناً ، وإن لم يترتب علي تحريضه أو تشجيعه أية نصيجة . كما أنه لا يلزم أن يتحدث الحكم عن ركن القصد الجنائي بعبارة مستقلة ، بل يكفي أن يستفاد هذا القصد ضمناً من البيانات الواردة في الحكم (٢٩) .

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ - الوارد بالباب الخامس بالتوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، قد نصت على أنه : « يحظر على العمال الإضراب أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق المنصوص عليه في المادة ١٨٩ ، أو أثناء السير في إجراءاته أمام الجهة الإدارية المختصة أو لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم » . فإنها بذلك

وترى الباحثة تعريف الإضراب « بأنه حق دستوري للشعوب ، يعنى التوقف عن العمل ، توقفًا جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتبديرهم ويقصد تأييد مطالبهم العمالية في نزاع معين يتعلق بمصالح مهنية معينة .

وبين من هذا التعريف أنه مستهل بتأكيد دستورية حق الإضراب ، حتى لا يتعنن الحاكم في الإعتراف أو عدم الاعتراف به للشعب ثم جمع بعد ذلك عناصر الاضراب الأساسية سواء العناصر المادية بعنصرها القانونيين : التوقف عن العمل ، بصفة جماعية ، وسواء العناصر المادية بعنصرها القانونيين : التوقف عن العمل ، بصفة جماعية ، وسواء العناصر المعنوية بعنصرها الثانوية : نية الإضراب وتبدير الإضراب والمطالب المهنية المحددة .

(٦) -٤- تعريف الإضراب في القضاء المصري :

لم تعرض محكمة النقض المصرية - في القضايا التي عرضت عليها - لتعريف الإضراب - ولكن محكمة أمن الدولة العليا بالقاهرة تعرضت لتعريفه سنة ١٩٨٧ بقولها « أنه الإمتناع الجماعي - المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة ، لممارسة الضغط للإستجابة لمطالبهم » (٢٧) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يحدد طبيعة المطالب العمالية التي تبرر الإضراب .

ومن التطبيقات القضائية التي عرضت على محكمة النقض في مجال الإضراب أنه لا يشترط في جريمة التحريض على ترك العمل الفردي قصد جنائي خاص ، ولا يلزم التحدث عن ركن القصد الجنائي بعبارة مستقلة في الحكم ، إذ يكفي القصد العام ، وعدم تحقق جريمة الإضراب عن العمل إذا ما وقع الإضراب دون تقديم طلب التوفيق طبقاً للسادة ٢٠٩ من قانون العمل الملغى ١٩٥٩/٩١ ، وأن طلب التوفيق اللازم

(٢٧) محكمة أمن الدولة العليا طوارئ ، بالقاهرة - جلسة ١٩٨٧/٤/١٦ - ١٩٨٧/٤/١٦ في القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ١٩٨٦ الأنيكية « رقم ١٢١ كلى شمال القاهرة » الخاصة بإضراب العاملين بالهيئة القومية لسلك حديد مصر حكم غير منشور .

(٢٨) نقض جنائي ١٩٤٧/٥/١٢ مجموعة القواعد القانونية ١-٢٢٨-٣ .

(٢٩) نقض جنائي ١٩٥٩/٢/٢٠ مجموعة القواعد القانونية ٣-٢٣٤-١٠ .

العنصر الجوهري للإضراب^(٣٢) ، وهو يتمثل أساساً فى إنقطاع العمال عن الذهاب إلى العمل ، ومن ثم عدم تنفيذ الأعمال العادية الملزمين بها . وبقتضى ذلك أن يكون العمال المضربون ملتزمين قانوناً بتنفيذ الأعمال التى إمتنعوا عن تنفيذها^(٣٣) ، وذلك أياً كان مصدر هذا الإلتزام ، سواء كان عقداً فردياً أو جماعياً أو نصاً قانونياً أو لائحة داخلية ، أما إذا إمتنع العمال عن أداء عمل غير ملتزمين بأدائه مثل العمل ساعات إضافية غير ملزمة ، فلا يعتبر هذا الإمتناع إضراباً^(٣٤) .

والتوقف عن العمل برفض صاحب العمل الصريح أو الضمنى^(٣٥) التوقف عن العمل فى أوقات جرت العادة فيها على ذلك ، على النحو الذى استقر عليه الحال فى فرنسا مدة طويلة ، حيث يتوقف العمال عن العمل فى أول مايو من كل عام^(٣٦) .

وتتمثل الصورة العادية للتوقف عن العمل فى التوقف أو الإضراب الكامل ، بمعنى الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة . ولم يتردد الفقه والقضاء فى الاعتراف بمشروعية الإضراب فى هذه الصورة أياً كان شكل الإضراب . ومن أشكال الإضراب العادى :

الإضراب الدائرى « Tournante » ومعناه توقف العمل فى أحد أقسام المنشأة وإستمرار العمل فى باقى المنشأة ، ثم توقف العمل فى القسم الأول ، وإستمراره فى القسم الثانى وهكذا^(٣٧) .

(٣٠) نقض جنائى ١٩٧٦/١/١٨ مجموعة محكمة النقض ٢٧-٧-١٤ .

(٣١) نقض جنائى ١٩٧٦/١/١٨ مجموعة محكمة النقض ٢٧-٧-١٤ .

(32) Brun et Galland, op. cit. P. 427

(33) Durand et Vitu, t. III, op. cit. P. 739 .

(34) Cass. Soc. 24 juin 1954, Bull. civ. 1954, 4, P. 335

- Sinay et Javillier, op. cit, P. 163 .

(35) Durand et Vitu, t. III op. cit. P. 740 .

- Sinay et Javillier, op. cit P. 164 .

(36) Cass, soc. 15 juin 1934. P.P. 1938, 1 P. 23 - note

Roust, dr. soc. 1938. P. 57 .

(37) Camer Lynck et Lyon Caen. op. cit, P. 752 .

- Cass. Soc. 14 Janv. 1960. dr. soc. 1960. P. 491.

تكون قد دلت - وبمفهوم المخالفة - على أن جريمة الإضراب عن العمل تتحقق إذا ما وقع الإضراب دون أن يقدم طلب التوفيق^(٣٨) .

« إن العبرة فى الطلب - الذى بدون تقديمه لا تتحقق جريمة الإضراب - ليست بمطلق الشكاوى ، وإنما هى بطلب التوفيق الذى يقدم من الأشخاص وبالأوضاع المبينة فى المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من قانون العمل السالف الإشارة إليه ، إلى الجهة الإدارية المختصة للسعى فى حل النزاع بالطرق الودية^(٣٩) .

ثانياً : عناصر الإضراب :

(٧) العناصر الأساسية والثانوية للإضراب :

يتكون الإضراب من نوعين أساسيين من العناصر هما :

العناصر المادية .

والعناصر المعنوية .

وتتكون العناصر المادية من عنصرين ثانويين هما :

التوقف عن العمل .

والتوقف الجماعى .

وتتكون العناصر من ثلاثة عناصر ثانوية هي :

نية الإضراب .

وتدبير الإضراب .

والمطالب المهنية .

وسوف نتكلم عن كل عنصر من العناصر الثانوية الخمسة على التوالى ..

(٨) -١- التوقف عن العمل :

العنصر الأول من العناصر المادية للإضراب هو عنصر التوقف عن العمل ويعتبر التوقف عن العمل هو

وطبقاً للمعيار العضوي تختص النقابات العمالية فقط بتنظيم وإعلان الإضراب ، أما الإضراب الذي يتم عن طريق العمال وحدهم فيعد إضراباً فوضوياً غير مشروع . وتأخذ بهذا المعيار ألمانيا الغربية (سابقاً) حيث لا يتقرر إعلان الإضراب إلا بموافقة ٧٥٪ من أعضاء النقابة العمالية ^(٤٣) ، وفرنسا بخصوص إضراب العاملين بالمراقق العامة وفقاً لقانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ ، أما في غير ذلك من حالات الإضراب فيكفي أن يكون الإضراب جماعياً يقوم به عدد من العمال ^(٤٤) .

وطبقاً للمعيار العددي يكفي إمتناع عدد من العمال عن العمل حتى يشكل هذا الإمتناع إضراباً ، سواء كان هؤلاء العمال في شكل نقابة عمالية ، أم كانوا مجموعة واقعية ، وتأخذ بهذا المعيار مصر ، حيث حدد قانون العقوبات الإضراب المعاقب عليه جنائياً بثلاثة من الموظفين أو المستخدمين (المادة ١٢٤ عقوبات) وإذا كان الأصل هو ضرورة تعدد العمال المضربين في المشروع فإنه يمكن أن يكون عاملاً واحداً هو الذي إمتنع عن العمل في المشروع ، ومع ذلك يعد إمتناعه مشروعاً على أساس أنه يعد مضرباً . ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كان هذا العامل يرتبط بحركة مطالبة خارج المشروع الذي يعمل به .

وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أنه بالرغم من أن أحد العمال كان هو العامل الوحيد الذي قام بالإضراب في المشروع الذي يعمل به ، وبالرغم من أنه لم يعلن عن أية مطالب خاصة به ، إلا أنه كان مشاركاً في إضراب قومي للإحتجاج ضد خطة الأجور

والإضراب القصير المتكرر « Debrriage » ومعناه توقف العمل لفترة قصيرة ، ثم استئنافه فترة أخرى ، ثم توقفه من جديد وهكذا ^(٤٥) .

والإضراب الجزئي « Partielle » ومعناه توقف بعض عمال المنشأة فقط عن العمل ، مع إستمرار الباقيين في عملهم ^(٤٦) .

والإضراب المفاجئ « Surpris » ومعناه توقف العمل فجأة دون إعلان مسبق ^(٤٧) ، إلا إذا وجد نص يوجب هذا الإعلان ، مثل الإضراب في المرافق العامة في فرنسا ، حيث تطلب قانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ أن يعلن عنه مسبقاً عن طريق النقابات ذات الصفة التمثيلية ^(٤٨) .

وهناك صور غير عادية للتوقف عن العمل ، تختلف النقه والقضاء الفرنسيين في الاعتراف بمشروعية أو عدم مشروعية هذه الإضرابات . ومن أشكال الإضراب غير العادي : إضراب الإنتاج « Grève de rendement » ويسمى الإضراب بالقطارة « Grève Parée » ومعناه الإبطاء في معدل العمل دون توقفه . ورفض عامل غير مضرب أثناء الإضراب تنفيذ عمل غير عمله الأصلي . والإضراب مع إحتلال أماكن العمل ^(٤٩) .

(٩) ٢- التوقف الجماعي :

العنصر الثاني من العناصر المادية للإضراب هو عنصر التوقف الجماعي فالإمتناع الجماعي للعمل هو الذي يشكل الإضراب ، ذلك أنه إذا إمتنع أحد العمال عن العمل ، فإن هذا الإمتناع الفردي يعد خطأ جسيماً يبرر فصله (المادة ٥/٦١ من قانون العمل ١٣٧/١٩٨١) . وأما إذا إنضم هذا الإمتناع الفردي إلى إمتناع جماعي وتوافرت بعض الشروط الأخرى فإنه يصبح إضراباً مشروعاً ، ولا يجوز لصاحب العمل فصل العامل . ويصبح التوقف عن العمل جماعياً من خلال معيارين الأول عضوي والثاني عددي .

(38) Cass. Soc. 11 mars 1964, Bull. civ. II: no. 194 .

(39) Carner Lynck et Lyon Caen op. cit. P. 751 .

(40) Cass. soc. 20 Janv. 1956 Bull. civ. II no. 71

(41) Sinay et Javillier, op. cit. P. 165 .

(٤٢) انظر في تفصيل ذلك .

- Durand et Vitu, I. III. op. cit. P. 740 .

(43) Sinay et Javillier, La grève, op. cit. P. 124 .

(44) Sinay et Javillier, La grève, op. cit. P. 161 .

ويكون الإضراب مديراً في حالتيه :

الحالة الأولى : الإتفاق السابق على الإضراب .
ويقصد به الإتفاق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ويتم هذه الإتفاق بأى طريقة ينظمها القانون أو عقد العمل الجماعى سواء عن طريق التصويت فيما بين العمال ، أو عن طريق النقابة العمالية ، خاصة فى الدول الرأسمالية المتقدمة مثل فرنسا ، حيث تتولى تنظيم الإضراب وتحديد شكله وبدء تنفيذه ومدته وتعيين لجنة الإضراب للإشراف على تنفيذه ، ثم تصدر أوامرها إلى أعضائها (٥٢) .

ويلاحظ أن القضاء الفرنسى لا يتطلب وجود النقابة العمالية طرفاً فى الإضراب إلا فى حالة إضراب العاملين بالمرافق العامة وفقاً لقانون ١٣ يوليو ١٩٦٣ على النحو الذى رأيناه عند الكلام عن التوقف الجماعى (٥٣) .

الحالة الثانية : تلاقى النوايا . ويقصد به تلاقى نوايا العمال حول الإضراب بمعنى أن يكون كل منهم قد توقف عن العمل بقصد الإضراب لتحقيق ذات الهدف أما إذا اختلف سبب التوقف من عامل إلى آخر فلا يكون هناك إضراب رغم حصوله بطريقة جماعية (٥٤) .

« BARRE » لمكافحة التضخم ، وبصفة خاصة للإحتجاج ضد تجميد الأجور ، والدفاع عن اليد العاملة ، وتخفيض ساعات العمل ، وكلها مطالب مرتبطة بالإهتمامات اليومية للعمال فى المشروع ومن ثم يعد إضراب هذا العامل مشروعاً (٥٥) .

١٠-٣- نية الإضراب :

العنصر الأول من العناصر المعتبرة للإضراب هو نية الإضراب « Intention grève » ويقصد بهذا العنصر انصراف قصد العامل إلى خرق شروط عقد العمل (٥٦) وقصد الإضرار بصاحب العمل (٥٧) ذلك أنه حتى يعتبر التوقف الجماعى عن العمل إضراباً ، يجب أن يكون لدى العامل نية الإضراب ، بمعنى أن يكون العامل ملتزماً بالعمل ثم يخرج على هذا الإلتزام وهو يعلم ذلك ولكن لا بعد العمال فى حالة إضراب فى حالات أخرى : مثل إمتناع العمال عن عمل غير ملازمين به (٥٨) ، والتوقف عن العمل برضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى (٥٩) وإمتناع العمال عن العمل عدة أيام بإعتقادهم أنها إجازة (٥٠) ، وإمتناع العمال عن العمل لوجود قوة قاهرة إذ يعفون من أداء إلتزاماتهم التى أصبحت مستحيلة وفى هذه الحالة لا يكون لدى العمال نية الخروج على الشروط التعاقدية (٥١) .

١١-٤- تدبير الإضراب :

العنصر الثانى من العناصر المعتبرة للإضراب هو تدبير الإضراب « administration de grève » ويقصد بهذا العنصر ألا يكون التوقف عن العمل بطريقة جماعية مجرد تزامن لحالات إمتناع فردية لأسباب قضائية . وقد عبر قانون العقوبات المصرى عن هذا العنصر عند تحديد الإضراب المعاقب عليه جنائياً . بنصه على أن يكون الموظفون أو المستخدمون متفقين على ذلك أو متفقين منه تحقيق غرض مشترك (المادة ١٢٤ عقوبات) .

(45) Cass. Soc.29 mai 1979, dr.ouvr,1980,P. 18 .

(46) Sinay et Javillier, op cit. P. 163 .

(47) Sinay et Javillier, op. cit, P. 164 .

(٤٨) راجع ص ١٢ و ٣٤ .

(٤٩) راجع ص ١٣ و ٣٥ .

(50) Cass soc.,22 Juin 1954,D,1957, P. 675 et s.

(51) Givord, op. cit, no. 5.

(52) Brun et Galland, op. cit. P. 434 .

(٥٣) راجع البند ٤٨ ص ١٤ .

- Cass, soc 20 Janv.1956, dr.Soc. 1956. P. 287 .

(54) Sinay et Javillier, op. cit. P. 165 .

ويذهب الرأي الراجح في فرنسا في الوقت الحاضر إلى صحة إضراب التضامن بصفة عامة طالما كان الهدف منه تحقيق مصلحة مهنية جماعية لمجموعات من العمال^(٩١) .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية^(٩٢)

المبحث الثاني

مدى مشروعية الإضراب

(١٣) تمهيد :

تكلمنا في المبحث الأول عن ماهية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً في تعريف الإضراب والبند ثانياً في عناصر الإضراب ، وذلك على النحو السالف .

ونتكلم في المبحث الثاني عند مدى مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين :

(55) Durand et Vitu, op. cit. P. 749 .

(٥٦) الدكتور السيد عبد النابيل ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

(57) Cass. Soc. 26 mars cité par sinay et Javillier, op. cit. P. 168 .

(٥٨) الدكتور محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ص ٢٢٧ .

- Sinay, la grève 1ère éd, P. 144 .

(٥٩) الدكتور السيد عبد نابل ، المرجع السابق ص ٤٨ .

(60) Nabil Saad : " La suspension dans l'exécution du contrat " thèse Dijon, 1980. P. 140 .

(61) Camerlynck Encyclopedie Dalloz, voit, "Grève" no. 54 .

- Sinay et Javillier, op. cit. P. 205 .

(62) Cass. Soc. 5 oct. 1960, Bull II. no. 819 .

- Cass. Soc. 4 Juin, 1959. P. 487 .

- Cas. Soc. 30 nov, 1977, Bull. V. P. 523 .

- Cass. Soc. 18 mars, 1982, D. 1982, I. R. P. 169, note pelissier .

العنصر الثالث من العناصر المعنوية للإضراب هو المطالب العمالية « Revendicationa-Ouvrieres » ، ويقصد بهذا العنصر أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال ، أما إذا إمتنع العمال عن العمل بطريقة جماعية دون أن تكون لهم مطالب يهدفون إلى تحقيقها ، فلا يكون هناك إضراب ومثال ذلك ترك جماعة من العمال عملهم بقصد المشاركة في مهرجان رياضي أو احتفال عام^(٥٥) .

ويشترط في هذا العنصر توافر أربعة شروط هي :

١- ضرورة التحديد السابق للمطالب المهنية ، فقد يقوم صاحب العمل بتحقيقها إذا علم بها مما يؤدي إلى تجنب اللجوء إلى الإضراب^(٥٦) . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن « التعبير السابق عن المطالب ، هو الذي يسمح بتمييز الإضراب عن العصيان حتى ولو كان جماعياً ومديراً ، وكذلك تمييزه عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية^(٥٧) .

٢- إشتعال المطالب المهنية على كل ما يتعلق بمصالح العمال ، سواء نشأت هذه المصالح عن عقد العمل أو لمجرد الرغبة في تحسين ظروف العمل بصفة عامة^(٥٨) ، مع تقييدها بأن يكون في إمكان صاحب العمل تحقيقها وألا تتجاوز قدراته ، وألا تكون خارج حدود المشروعية^(٥٩) .

٣- تعلق المطالب بالإضراب المهني ، أي بالمطالب المهنية أو الاجتماعية ، دون البواعث الأخرى مثل الإضراب السياسي « grève politique » حتى لا يرتكب العمال خطأ ، ويمكن لصاحب العمل فصلهم^(٦٠) .

ولا يعتبر الإضراب المهني في الدول التي تعترف به حقاً مطلقاً « droit absolu » ولكنه حق مقيد « droit limité » بقتيدين أساسيين هما : عدم المساس بالنظام العام « ordre public » وعدم التعسف في إستعمال حق الإضراب « abus de droit de grève »^(١٣).

فبعض الدول التي تعترف بحق الإضراب ، تمنع الموظفين العموميين من ممارسة هذا الحق مثل الولايات المتحدة الأمريكية (قانون تافت - هارتلي ١٩٤٧/٦/٢٣ ، المعدل بقانون لاندروم جرفين سنة ١٩٥٩^(١٤)) . وبعض الدول التي تعترف بحق الإضراب للموظفين العموميين تقيد ممارسته بقيود كضرورة الإعلان عنه مسبقاً عن طريق النقابة الأكثر تشيلاً مثل فرنسا .

وبعض الدول التي تعترف بالإضراب المهني للعامل بصفة مطلقة ، وللموظفين العموميين بصفة مقيدة ، وتحرمه تحريماً مطلقاً على بعض طوائف من الموظفين العموميين كرجال القضاء^(١٥) ، ورجال البوليس^(١٦) ، والملاحة البحرية^(١٧) مثل فرنسا .

الدول العربية التي تعترف بحق الإضراب :

تعترف بعض التشريعات العربية بحق الإضراب ، وتنظمه في قوانين العمل ، أو اللوائح المنظمة لتسوية المنازعات الفردية أو الجماعية في إطار قانون العمل ، وذلك على النحو الآتي :

١- من التشريعات العربية التي تعترف بالإضراب تشريع دولة قطر ، فقد نص قانون العمل القطري رقم (٣) لسنة ١٩٦٢ على الحق في الإضراب ،

(1) Sinay et Javillier, op. cit. P. 125 et s.

(2) Durand et Viti, t. III. op. cit. P. 716 .

(٣) الدكتور ناصف إمام هلال ، المراجع السابق ص ٨٥ ومابعدها .

(4) Sinay et Javillier, op. cit. P. 129 et s .

(5) Loin n. 58- 1270 du 22 dec. 1958 .

(6) Loin n. 48- 1504 du 28 sep. 1947 .

(7) Loin n. 64-650 du 2 juillet. 1964 .

البند (١٥) : في مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال القانون المقارن ، سواء في الدول الرأسمالية التي تعترف بحق الإضراب ، أو في الدول الدكتاتورية التي تنكر حق الإضراب ، ثم في الدول العربية .

والبند ثانياً : في مدى مشروعية الإضراب في القانون المصري ، سواء في فترة إباحتها واعتباره من الحريات العامة قبل سنة ١٩٢٣ أو في فترة تناقض الدولة مع نفسها بين تجريمه سنة ١٩٣٧ والتوقيع على الإتفاقية الدولية للحقوق الإقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تبنيها سنة ١٩٨٢ وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : مشروعية الإضراب في القانون المقارن :

(١٤) ١- الدول التي تعترف بحق الإضراب :

تعترف الدول الرأسمالية بحق الإضراب بصفة عامة وتعترف الدول الصناعية بصفة خاصة ، سواء في أوروبا الغربية أو الأمريكتين الشمالية والجنوبية أو غرب آسيا أو أستراليا مثل فرنسا وبريطانيا وإيطاليا وبلجيكا وهولندا وأسبانيا والنمسا والسويد والنرويج^(١٨) . والولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك والبرازيل واليابان والهند وأستراليا^(١٩) .

ويعتبر الإضراب في بعض الدول التي تعترف به حقاً دستورياً « Droit Constitutionnel » مثل فرنسا وإيطاليا وأسبانيا والمكسيك والبرازيل وفي بعض هذه الدول يعترف الدستور بحق الإضراب دون تحديد مضمونه ، ودون وجود تشريع يحدد ذلك المضمون أو طرق ممارسة الإضراب ، ثم يترك الأمر لقاضي الموضوع ليحدد مدى وشروط ممارسة حق الإضراب مثل إيطاليا وأسبانيا وفي البعض الآخر من الدول ينص على مبدأ مشروعية الإضراب ثم يترك الأمر للمشرع ليحدد مدى وشروط ممارسة حق الإضراب مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .

لا تعرف الباحثة سبباً لهذه المظاهرة إذا كان صاحب العمل شخصاً طبيعياً أى ليس جهة حكومية ، فكان يجب على النصح الإكتسافاً بتقرير حق العمال في الإضراب .

٤- نص قانون العمل في المملكة الأردنية الهاشمية رقم ١٩٦٠/٢١ المعدل بالقانون رقم ١٩٧٢/٢٥ على تقرير حق العمال في الإضراب كذا نظام رقم ١٩٦٣/٣٣ الخاص بالإجراءات المتعلقة بإشعارات الإضراب والغلق وذلك على النحو الآتي :

« لا يجوز لأى عامل أن يضرب : ١- دون أن يعطى صاحب العمل إشعاراً بالإضراب حسب الصورة المعينة بالأنظمة المختصة قبل مدة لا تقل عن أربعة عشر يوماً من تاريخ الإضراب أما إذا كان العامل مستخدماً في إحدى خدمات المصالح العامة فيكون إرسال الإشعار قبل مدة لا تقل عن ثمانية وعشرين يوماً (المادة ١٠٣) كما نظم الإضراب المواد ١٠٤ - ١٠٩ من القانون ١٩٦٠/٢١ المعدل » .

وكذا نظام رقم ١٩٦٣/٣٣ وهو نظام الاجراءات المتعلقة بإشعارات الإضراب والإغلاق المواد ٤-١ من النظام (١١) .

٥- نص قانون العمل التونسي رقم ١٩٦٦/٢٧ على أن « كل قرار بالإضراب أو بصد العمال عن مباشرة عملهم يجب أن يسبقه تنبيه بعشرة أيام يوجه من قبل الطرف المعنى إلى الطرف الآخر وإلى مكتب الجهوى للتصالح أو إن تعذر ذلك التفديدية الجهوية للشغب المختصة ترابياً بيد أن

ونظمه في الباب الثانى عشر الخاص بإضراب العمال ووقف العمل ، الذى تضمن الحالات التى يجوز فيها الإضراب ، والاجراءات الواجب اتباعها حتى يكون الإضراب مشروعاً (المادتان ٦٩ ، ٧٠) مع حظر الإضراب على أى عامل فى أية مؤسسة للمياه أو للكهرباء أو الغاز أو للصحة أو فى أعمال مكافحة الحريق أو فى أعمال التبريد ، كما حظرت أى عامل يضرب عن العمل مع علمه أن من بين النتائج المحتملة لتركه الخدمة أو إضرابه عن العمل أن يعرض للخطر الصحة العامة أو حياة أى فريق من الناس بحرماتهم من خدمة أو أكثر أو أن يلحق أضراراً جسيمة بالأموال العامة أو الخاصة (المادة ٧١) (٨) .

٢- نص قانون العمل في الجمهورية الإسلامية الموريتانية رقم ١٩٦٣/٢٣ المعدل بالقانون ١٩٧٦/١٦ على وقف عقد العمل أثناء الإضراب الذى يقع وتراعى فيه إجراءات لائحة المنازعات الجماعية (المادة ٦/٣) (٩) .

٣- نص قانون العمل العراقى رقم ١٥١ / ١٩٧٠ على أنه « إذا إمتنع صاحب العمل أو أصحاب العمل عن الرضوخ لقرار محكمة العمل العليا رغم مضى ثلاثة أيام على تبليغه أو تبليغهم القرار يحق للعمال أصحاب العلاقة أن يتوقفوا عن العمل أو أن يعتصموا فى العمل أو أن يعلنوا الاضراب عنه ويخرجوا بمظاهرة سلمية ، وتكون اجراءاتهم هذه مشروعة إذا لم يلازمها أى عمل من أعمال العنف أو الإخلال بالأمن والنظام العام (المادة ١٣٤) .

فبعد أن نظم القانون طرق حل المنازعات بالطرق السلمية أبيع حق الإضراب إذا ما لم يزعم صاحب العمل لحكم محكمة العمل العليا بل أعطى العمال الحق في الخروج بمظاهرة سلمية (المواد ١٣٠-١٣٣) (١٠)

(٨) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ١٩ و ٢٠ .

(٩) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ١٢ .

(١٠) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٩ و ٤٠ .

(١١) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثاني - ص ٤٤ و ٥٤ .

هو إتجاه محمود ، يسائر التشريعات الأجنبية المتطورة والمتحضرة لأنه كما سبق القول كلما زادت الحريات ، كلما زاد الإنتاج ، ولا يضير المشرع أن يعطي فرصة للعامل للإحتجاج الجماعي على ظلم ألم بهم ، أو ظروف صعبة يعملون فيها ، ثم يعود إلى العمل بنفس مطمئنة ويعملون على زيادة الإنتاج ... بدلاً من تواجدهم في العمل ، ولكن إنتاجهم ضعيف أو ردي . في هذه الحالة لن يضيروا صاحب العمل وحده وإنما يضار إقتصاد دولة بأسرها .

٧- ونص قانون العمل الليبي رقم ١٩٧٠/٥٨ على إباحة حق الإضراب في الباب الخامس الخاص بمنازعات العمل بقوله « يحظر على العمال الإضراب أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، وكذلك يحظر على صاحب العمل وقف العمل كلياً أو جزئياً قبل إستيفاء جميع إجراءات التوفيق والتحكيم المنصوص عليها في هذا الباب (المادة ١٥٠) ، « يكون للعامل ، كما يكون لصاحب العمل حق وقف العمل كلياً أو جزئياً إذا ما صدر لصالح الطرفين حكم نهائي أو قرار من هيئة التحكيم أو كان محضر مجلس التوفيق منهياً للنزاع وإمتنع الطرف الآخر عن تنفيذه ، خلال أسبوع من تاريخ إعلانه به » .

ويجب أن يخطر أحد الطرفين كلاً من الطرف الآخر ومدير عام العمل بالعزم على الإضراب أو وقف العمل بكتابت مسجل قبل الموعد المحدد لبدء الإضراب أو وقف العمل بأسبوعين على الأقل ، (المادة ١٥١) ، « لا يترتب على الإضراب الذي يقع وفقاً لأحكام المادة السابقة فسخ عقد العمل ، ويحتفظ العمال خلال فترة الإضراب بكامل أجورهم وحقوقهم الأخرى (المادة ١٥٢) (١٤) .

سريان مفعول التنبيه المسبق يكون بداية من إشعار المكتب الجهوي للتصالح أو التفقدية الجهوية للشغب وعلاوة على ذلك فإن الإضراب أو الصد يجب أن تتم المصادقة عليه من طرف المنظمة المركزية للعامل أو منظمة المؤجرين المركزية (الفصل ٣٧٦ مكرراً - أي المادة ٣٧٦ مكرراً) .

وقد أضيف هذا الفصل (أي المادة) إلى قانون العمل التونسي بموجب القانون رقم ١٩٧٦/٨٤ .

ونجد أن قانون العمل التونسي قد قرر الإضراب للعاملين ، بشرط أن يسبقه تنبيه لصاحب العمل قبل الإضراب بعشرة أيام ، كما إشتراط القانون التونسي موافقة المنظمة النقابية التابع لها العمال على القيام بالإضراب (١٢) .

٦- ونص قانون العمل الجزائري رقم ٧٨-١٢ سنة ١٩٧٨ على جعل الإضراب حقاً دستورياً في الفصل الأول من الباب الأول الخاص بحقوق العامل بقوله « تطبيقاً للمادة ٦١ من الدستور ، فإن حق الإضراب معترف به في القطاع الخاص ، ويمارس وفقاً للكيفيات المحددة بموجب القانون .

ويحدد هذا القانون على الخصوص ، إجراءات التحكيم والمصالحة والمسئوليات التي تؤول للهيئة النقابية » (المادة ٢١) (١٣) .

ولاحظ أنه بجانب أن الدستور الجزائري ينص على حق الإضراب ، فإن قانون العمل نص عليه أيضاً ضمن حقوق العامل التي تكلم عنها الفصل الأول من الباب الأول في قانون العمل الجزائري .

وترى الباحثة أن إتجاه بعض التشريعات العربية إلى تقرير حق الإضراب ، والنص عليه في قانون العمل ، وفي الدستور كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري .

(١٢) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثاني - ص ٩١ .

(١٣) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثاني - ص ٦ .

(١٤) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثاني - ص ٢٩ .

تنقسم الدول التي تنكر حق الإضراب إلى طائفتين :

الطائفة الأولى : هي الدول ذات النظام الاشتراكي التي تسمى بدول الديمقراطية الشعبية ، وذلك على أساس أن الإضراب يتعارض مع طبيعة هذا النظام ، ذلك أنه إذا كان الإضراب يعبر عن الصراع الطبقي وأن المجتمع الاشتراكي يقوم على أساس نظام الطبقة الواحدة وبالتالي لا يعترف بالإضراب (١٥) ... ويعنى آخر فإنه إذا كان الإضراب هو وسيلة ضغط ضد صاحب العمل فإن صاحب العمل في هذه الدول هو الدولة ذاتها ، وحق تمثيل السلطة الحاكمة الطبقة العاملة ، وبالتالي فإن العمال لا يملكون الوسائل التي تمكنهم من تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالعمل ، والمتعلقة بحقوقهم بصفة عامة (١٦) .

ويلاحظ أنه داخل الطائفة الأولى نجد بعض الدول لا تعترف بالإضراب مطلقاً مثل الاتحاد السوفيتي (سابقاً) وتشيكوسلوفاكيا (سابقاً) وبلفاريا (١٧) . ونجد البعض الآخر من الدول تعترف بالإضراب صورياً ، حيث يعد الإضراب حقاً دستورياً مقررأ للنقابات العمالية ذات الروح الشيوعية ، لكن لم يحدث أن قامت هذه النقابات بتنظيم أى إضراب مثل ألمانيا الشرقية (سابقاً) (١٨) ، وولندا حيث كان بروتوكول ١٣ أغسطس ١٩٨٠ يكفل حق الإضراب ، ومع ذلك اتخذت إجراءات عسكرية شديدة ضد أعضاء نقابة تضامن في ١٣ ديسمبر ١٩٨١ ، وحيث ينص قانون ٨ أكتوبر ١٩٨٢ على حق الإضراب بشرط إستنفاد طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل ، وينص على عقوبات صارمة في حالات الإضراب دون إتباع هذه الإجراءات (١٩) .

وكان غياب الحريات والحقوق في هذه الشعوب الشيوعية أثره على الإنتاج ولعل في المقارنة بين ضعف إقتصاديات ألمانيا الشرقية (سابقاً) التي

عايشت الدكتاتورية الماركسية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية حتى تمت الوحدة الألمانية عام ١٩٩٢ وبين قوة إقتصاديات ألمانيا الغربية (سابقاً) التي إعتنقت الحرية ، واحترمت حقوق الإنسان فتخلصت من دمار الحرب وبلغت ذروة الرخاء ، فالشعب المكبل بالقيود والأغلال لا يجد القوة المادية ولا الطاقة المعنوية التي تدفعه إلى الإخلاص في العمل وحسن الإنتاج (٢٠) .

الطائفة الثانية هي الدول ذات الأنظمة السياسية العسكرية والدكتاتورية وهي تنكر أيضاً وجود التعارض بين مصالح العمال ومصالح أصحاب الأعمال ، على أساس حجة مزيفة هي أن المصلحة القومية تقتضي منع الإضراب وعدم بلوغ شعوبها درجة من الوعي أو النضج تؤهلها لممارسة حق الإضراب بطريقة مشروعة (٢١) .

ويذهب أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام إلى الاعتراف بحق الإضراب مع وجوب تقييده ، وعدم جواز تجريمه إلا في الحدود التي يتعارض فيها مع المصالح الوطنية في دول العالم الثالث النامية ، على أساس أن هذه الدول في حاجة إلى زيادة الإنتاج حتى تقلل من الهوة الواسعة التي تفصلها عن الدول الصناعية المتقدمة تأسيساً على أن الإتفاقية الدولية قد أجازت للأقطار النامية تقييد حق الإضراب بما يتناسب مع ظروف إقتصادها الوطني (المصادتان ٢ و ٨ من الإتفاقية) (٢٢) .

(١٥) الدكتور ناصف إمام هلال ، المرجع السابق ص ٤٠٩ .

(16) Sinay et Javillier, op. cit. P. 115 .

(17) Fabre : " Théorie des démocraties populaires 1955, P. 41 et s

(18) Durand et Vitu, op. cit. P. 720 .

(19) Sinay et Javillier, op. cit. P. 124 .

(٢٠) الدكتور ماجد رافع العلوي - أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية حقوق الإسكندرية « الدولة في ميزان الشريعة » ط ١ ص ١٩٩٤ ص ٣٧٧ .

(21) Sinay et Javillier, op. cit. P. 117 .

(٢٢) أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام في مناقشة خاصة مع سيادته .

إستعمال الإضراب فى حالة المنازعات التى لم تتوصل
هذه اللجان إلى حل هذه المنازعات ، وذلك على النحو
الآتى :

١- نص قانون العمل السعودى المرسوم الملكى
١٩٦٩/٢١ فى الفصل الحادى عشر فى المواد من
١٧٢ - ١٨٨ على إنشاء لجان لتسوية نزاعات
عمالية وحدد تفصيلاً أعمال هذه اللجان وجعل من
إختصاص هذه اللجان النظرى الدعاوى المرفوعة
إليها . وإذا أراد أحد طرفى هذا النزاع إستئناف
قرار اللجنة الإبتدائية ، يكون الإستئناف يطلب
يقدم إلى اللجنة العليا خلال ثلاثين يوماً من
تليغه القرار الراغب فى إستئناف (المواد ١٧٢ -
١٨٨) (٢٣) .

٢- كذلك لم ينص قانون علاقات العمل الفردية لسنة
١٩٨١ ، لجمهورية السودان الديمقراطية على حق
الإضراب كما أنه لم ينظم حل الخلاف والمنازعات
العمالية إلا من خلال قانون العلاقات الصناعية
لسنة ١٩٨٦ وجعل حل ما يقوم من منازعات
عمالية قاصرة على اللجان التى نظمها هذا
القانون الأخير (٢٤) .

٣- كما نظم قانون العمل الكويتى رقم ١٩٦٤/٢٨
حل المنازعات العمالية فى الباب الرابع عشر من
قانون العمل الخاص فى التوفيق والتحكيم فى
منازعات العمل الجماعية ولم يقرر قانون العمل
الكويتى حق الإضراب للعامل فى حالة قيام أي
نزاع بينهم وبين أصحاب الأعمال (المواد
٨٨-٩٣) (٢٥) .

٤- كذا قانون العمل اليمني الصادر بالقانون رقم
١٩٧٠/٥ لم يقرر حق الإضراب للعامل ، وإكتفى

(٢٣) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٩ - ٤٢ .

(٢٤) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ٣ .

(٢٥) موسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الثانى - ص ١٨ و ١٩ .

وتؤيد الباحثة رأى أستاذها الفاضل لوجاهة حجته ،
وتضيف أن حق الإضراب هو من الحقوق الدستورية التى
لا يجوز حرمان أى شعب منها تحت أية حجة أياً كانت ،
لأن المعروف أن الكيث يولد الإنفجار ، ويزيد الشعور
بالتضامن بين العمال ، الأمر الذى يدفعهم إلى الاتحاد
والتكثف من أجل الدفاع عن مصالحهم وإنتراع حقوقهم
من أصحاب الأعمال ، ومن هنا فإن الإضراب هو
السلاح الفعّال فى أيدي الطبقة العاملة ، الذى
تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال لإجبارهم على
تحقيق المطالب المهنية .

ولا شك أن من الأفضل الاعتراف بحق الإضراب
وتنظيمه من الناحية التشريعية بدلاً من الإصرار على
تحريره ، مع قيام مخاطر الإنفجار التى قد تؤدى إلى
تخظيم وسائل الإنتاج بدلاً من زيادة الإنتاج .

ثم أن الحجة التى تستند إليها الأنظمة العسكرية
والدكتاتورية فى إنكار حق الإضراب ، وهى عدم بلوغ
شعورهم درجة من الوعى أو النضج تؤهلها لممارسة حق
الإضراب بطريقة مشروعة . هذه الحجة مزيفة هدفها
الأساسى تبرير الدكتاتور أنه الوحيد المؤهل لممارسة كل
الحقوق وحرمان الشعب من ممارسة حقوقه بدلاً من العمل
على الإرتقاء بشعبه .

وأخيراً فإن تقييد حق الإضراب بفرض القيود
القانونية على ممارسته بما يتناسب مع ظروف الاقتصاد
الوطنى للدول النامية شئ ، وإنكاره أو تحريره كلية
شئ ، آخر ، فالأول لا بأس به ، أما الثانى فلا يمكن
التسليم به .

الدول العربية التى لا تعترف بحق الإضراب :

كثيرة هى التشريعات العربية التى لا تعترف بحق
الإضرار ، ولا تنص عليه فى قوانينها الوطنية وتركت
تسويات المنازعات العمالية للجان المنصوص عليها فى
القوانين واللوائح ونظمت عمل هذه اللجان ولم تبح

شعوبها نظرة دونية ، وأن هذه الشعوب لم تبلغ من الوعي والحضارة ما يحق لها منحها حقاً ديمقراطياً مثل حق الإضراب .

ثانياً مدى مشروعية الإضراب في القانون المصري :

١ (١٦) - مرحلة تقييد الإضراب في مصر :

١- قبل سنة ١٩٢٣ لم يكن الإضراب محرماً في مصر ، بل كان يعد إحدى الحريات العامة . ولا غرابة في ذلك ، لأن إعجاز الحضارة المصرية القديمة لا يقتصر على السر الخفي وراء القواعد الهندسية الفنية التي عرفها واستخدمها المصريون القدماء في رفع وبناء الأهرامات ، بل يمتد هذا الإعجاز إلى أنه كان يوجد وعي اجتماعي لدى العامل المصري في ذلك الوقت ، تقف في أن مصر عرفت أول إضراب في التاريخ الإنساني في عهد الأسرة العشرين الفرعونية قام به عمال القهور ضد الملك ، حيث واجهت جموع العمال رمسيس الثالث وتصدت له مطالبة بلقمة العيش والحق في الحياة ، وأخذ الإضراب صورة التوقف الجماعي عن العمل ، وقاد العمال مظاهرة تحت شعار « نحن جوعى لا تأخذ مستحقاتنا » (٣٧) .

٢- وفي سنة ١٩٢٣ ، صدر القانون ٣٧/١٩٢٣ الذي حرم الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين والأجراء الذين يشتغلون بأي صفة كانت في خدمة الحكومة أو في خدمة سلطة من سلطات الأقاليم أو السلطات البلدية أو

بالنص في الفصل العاشر من القانون الخاص بلجان العمل وتسوية الخلافات على جعل تسوية الخلافات والمنازعات العمالية من اختصاص هذه اللجان التي نظم أعمالها وتشكيلها (المواد ١٦٢ - ١٨٥) (٣٦) .

٥- كذلك لم يقرر حق الإضراب في قانون العمل السوري رقم ١٩٥٩/٩١ وهذا ما أنتجه قانون العمل المصري الملغى وقانون العمل السوري الحالي (٣٧) .

٦- وهكذا نجد الكثير من التشريعات العربية لم تعترف بحق الإضراب ولم تنص عليه في قوانين العمل بها ، مثل القانون الإتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٠ لدولة الإمارات العربية المتحدة (٣٨) ، والمرسوم بقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي لدولة البحرين (٣٩) . وفي عمان صدر المرسوم السلطاني رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٣ الذي حرم الإضراب أو التحريض بنصه على أنه يمنع التحريض على الإضراب منعاً باتاً لأي سبب كان ويتبع النظام المذكور في هذا الباب حين وجود نزاع حول شروط الاستخدام أو ظروف العمل ، (المادة ١٠٠) (٣٠) .

وهكذا نجد أن الكثير من التشريعات العربية قد قررت حق الإضراب ونصت عليها في قوانين العمل ووضعت له الشروط الواجب توافرها حتى يعد الإضراب مشروعاً ، ونجد تشريعات عربية كثيرة أوردنا بعضها على سبيل المثال لا الحصر ، تنكر هذا الحق بل البعض نص على تجريمه صراحة في قانون العمل مثل التشريع العماني (المادة ١١٤) (٣١) .

والغالب دائماً في نظم الحكم العسكرية أنها لا تبسح حق الإضراب لأن هذه النظم دائماً تنظر إلى

(٣٦) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٥ و ٣٦ .

(٣٧) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .

(٣٨) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .

(٣٩) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣ .

(٤٠) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٢٨ .

(٣١) مرسوعة تشريعات العمل العربية - المجلد الأول - ص ٣٠ .

(٣٢) الأستاذ فوزي الإضاري « مصر الفرعونية » بين الماضي والحاضر ١٤ ص ١٩٩٣ .

التعرض إلى نتيجة . وكذلك تجبىد الإضراب أو إذاعة أخبار تجبىد غير صحيحة عنه أو الاعتداء على حق الموظفين فى العمل بأحدى الطرق التى حددها .

٥- أنها اعتبرت الاشخاص الذى يتدبون لتأدية عمل معين من أعمال الحكومة أو السلطات الإقليمية فى حكم الموظفين والمستخدمين العموميين (٢٥)

ومن مظاهر التشدد فى المادة ٣٧٤ عقوبات الآتى :

١- أنها لم تعد مقصورة على المستخدمين والأجراء التابعين لمشروع حاصل على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات النفع العام بل اتسع نطاقها لتشمل المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظام خاص مثل عمال المشروعات الخاصة ذات النفع العام التى تؤدى خدمات هامة للجمهور ، وإن كانت لا ترقى إلى مرتبة المرافق العامة كعمل شركات الصناعات الكبرى والمستشفيات الخاصة وغيرها . (٢٦)

٢- أنها حظرت إضراب عمال المشروعات الحاصلة على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة الذى كان مباحاً من قبل بشرط أخطار السلطة الإدارية قبل حصوله بخمسة عشر يوماً وقد انتقد بعض الفقه هذا الحظر على أساس أن عمال هذه المشروعات الخاصة لا يتمتعون بالضمانات التى يتمتع بها موظفو الحكومة ومستخدموها حتى نسوي بينهم ونحرمهم من سلاح الإضراب (٢٧) .

(٢٥) راجع قانون العقوبات وأحكام التفض « مجموعة محمد صديق سليم سنة ١٩٣٦ » ص ٦٢ و ٢٢٧ .

(٢٦) الدكتور محمد حلمى مراد . المرجع السابق ص ٤٢٥ هـ (١) .

(٢٧) الدكتور محمد حلمى مراد المرجع السابق ص ٤٢٨ وما بعدها .

(٢٨) الدكتور سليمان الطماوى المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢٩) الدكتور محمد حلمى مراد المرجع السابق ص ٤٣٢ .

المحلية ، وعاقب المضربين بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه (المادة ١٠٨ مكرراً من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ ، المضافة بالقانون ١٩٢٣/٣٧) كما نظم إضراب المستخدمين والإجراء التابعين لمصلحة خاصة حاصلة على امتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة ، وجعل الإضراب دون إتباع الإجراءات التى حددها جريمة معاقباً عليها بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً (المادة ٣٢٧ مكرراً من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ ، المضافة بالقانون ١٩٢٣/٣٧) أما غير هؤلاء الأجراء فلم يتعرض المشرع لحقهم فى الإضراب لا بالتحريم ولا بالتنظيم ، ومن ثم يظل الإضراب مباحاً بالنسبة لهم (٢٨) .

٣- وفى سنة ١٩٤٦ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ بتعديل المادتين ١٠٨ مكرراً و ٣٢٧ مكرراً عقوبات سنة ١٩٠٤ ، اللتين أصبحتا بعد ذلك المادتين ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات سنة ١٩٣٧ ، كما أضاف هذا المرسوم ثلاث مواد جديدة بأرقام ١٢٤ (أ) و ١٢٤ (ب) و ١٢٤ (ج) . وقد جاء المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ أكثر تشدداً من القانون ١٩٢٣/١٣٧ ومظاهر التشدد فى المادة ١٢٤ عقوبات الآتى :

١- أنها لم تستلزم وجود اتفاق على الترك أو الإمتناع عن العمل ، بل تكفى بوجود الغرض المشترك لتوقيع العقاب .

٢- أنها استحدثت صورة جديدة لترك العمل المعاقب عليه هى الاستقالة .

٣- أنها شددت العقاب بعد التعديل .

٤- أنها اعتبرت التحريض على إضراب الموظفين والمستخدمين العموميين جنحة ولو لم يؤد هذا

٤- وفي سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بقانون ١٠٥/١٩٤٨ وجاء أكثر تشدداً من الرسوم بقانون ١١٦/١٩٤٦ ذلك أن قانون سنة ١٩٤٦ كان يحرم الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين المادة ١٢٤ عقوبات والمستخدمين والعاملين الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة (المادة ٣٧٤ عقوبات) أما الطوائف الأخرى من العاملين بالقطاع الخاص الذين تتناولهم المادة الثانية فإن الإضراب بالنسبة لهم كان مباحاً .

لكن بعد صدور قانون ١٩٤٨ بالتوفيق والتحكيم في منازعات العمل أصبح اللجوء إلى الإضراب محظوراً قبل عرض النزاع أمام لجنة التوفيق ، وقبل السير في إجراءات تسويته أمام هيئة التحكيم (المادة ١٩) . ويعاقب المضربون في الأوقات المحظورة فيها الإضراب أو في غير هذه الأوقات دون إخطار سابق بعقوبة الغرامة التي لا تزيد على مائة جنيه مع تشديد هذه العقوبة . بحيث تصبح كحد أدنى عشرين جنيهاً وحد أقصى مائتي جنيه ، إذا كان الإضراب وارداً على عمل من عمليات المرافق العامة كالمياه والإنارة والمجاري والمخابز والسلخانات وبيع الخضر واللحوم بالجملعة وصنع المواد الغذائية ومصانع الثلج ومحال التبريد ، ووسائل النقل المشترك للركاب والبضائع (المادة ٢١) .

٥- وفي سنة ١٩٥١ صدر القانون ٢٤/١٩٥١ بتعديل نصوص الإضراب في قانون العقوبات ١٢٤ و ١٢٤ (أ) ، ١٢٤ (ب) ، ١٢٤ (جـ) و ٣٧٥ و ٣٧٥ ويتضمن هذا التعديل تشديد العقوبات وتحريم نشر أخبار الإضراب ولو كانت صحيحة ، فهو يحرم إضراب الموظفين والمستخدمين العموميين

سواء كان الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً وسواء كان الإمتناع الجزئي الضمني هو ما يطلق عليه الإضراب بالقطارة (٣٨) .

وهو يحرم إضراب المستخدمين والأجراء الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة .

وهو يحرم التحريض على الإضراب ، وكذلك تحبيذه بمعنى إبداء أحد الأشخاص إستحسانه وإعجابه بإحدى جرائم الإضراب أو القول بضرورتها أو عدالتها (٣٩) . كما يعد هذا التحبيذ مجزماً حتى ولو كان بإذاعة أخبار صحيحة أو كاذبة عن جرائم الإضراب .

وهو يحرم الإعتداء على حرية العمل مثل إعتداء العمال المضربين على أحد زملائهم لإرغامه على الاشتراك معهم في الإضراب ، وكذلك يحرم الإعتداء على حرية التشغيل مثل إرغام صاحب العمل على فتح أو إغلاق محله ، وكذلك إحتلال المضربين لأماكن العمل حيث يعد فعلاً مجزماً من ثلاث جهات : طبقاً للمادتين ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات ، وإعتداء على حرية العمل وحرية التشغيل وانتهاكاً أمام حرمة ملك الغير (٤٠) .

(٦) وفي ظل المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٨ :

والقرار بقانون العمل الموحد ٩١/١٩٥٩ :

في ظل القانون ٢٤/١٩٥١ لم يعد الإضراب مشروعاً سوى في حالات نادرة ، كان ينظمها القانون ١٠/١٩٤٨ الذي كان يحظر على العمال الإضراب قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، أو أثناء السير في إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

(٣٨) راجع البند ٤٧ ص ١٢ .

(٣٩) الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣١٢ ومابعدها .

(٤٠) الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣٢١ .

(٤٠) الأستاذ على العريف ، المرجع السابق ص ٣٢٧ .

المحظر المنصوص عليه بقانون العقوبات - حق الإضراب ، مع وجوب تفسير عبارة الإضراب بالإقتصاد القومي تفسيراً ضيقاً ، تطبيقاً لمبدأ الشرعية فى تفسير النصوص الجنائية ^(٤٢) .

(٨) قانون العمل الجديد ١٩٨١/١٣٧ :

صدر قانون العمل الجديد ١٩٨١/١٣٧ خالياً من أي نص على حق الإضراب المشروع لا قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ولا أثناء السير فى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

وقالت المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد :

« وبالنسبة للتوقف والإضراب عن العمل ، فقد رؤى حذف النص الخاص بجواز الإضراب إذا كان النزاع معروضاً على التحكيم أو المفاوضة الجماعية تشبهاً مع القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ بشأن أمن الوطن والمواطن إذ رؤى عدم النص على هذا الحق إكتفاءً بتركه لحكم القواعد العامة لأن الإقتراح بمشروع القانون بصورته الراهنة قد إستحدث من المبادئ ما يضمن حقوق العمال دون اللجوء إلى سلاح الإضراب » ^(٤٣) .

(٤١) المريدة الرسمية العدد ٥ « تابع » فى ١٩٧٧/٢/٣ .

- النشرة التشريعية العدد الثانى (فبراير سنة ١٩٧٧) ص ٤٢٩ و ٤٣٢ .

- ملحق المحاماة ، نشرحات عام ١٩٧٧ - ١ - ٥٨ - ٧ .

(٤٢) الدكتور السيد عبد نابل ، المرجع السابق ص ٨٤ .

(٤٣) المريدة الرسمية العدد ٣٣ « تابع » فى ١٩٨١/٨/٢٣ .

- النشرة التشريعية العدد الثامن (أغسطس سنة ١٩٨١) ص ٤٠١٧ .

و ٤١٠ .

- ملحق قانون المحاماة ، قانون العمل ٥ - ٩ - ٦٧ - ١١٠ .

- دلت إحصائيات مصلحة العمل فى مصر سنة ١٩٥٠ على أن إجمالى عدد الإضرابات بلغت ٣٩ إضراباً ، تنصف على النحو الآتى : توزيع مهنى : ٣٤ إضراباً لمطالبي مهنية ، ٧ حوادث إضراب تضامناً - وتوزيع جغرافى : ٥ إضرابات بالإسكندرية و ٣٤ إضراباً بشبرا الخيمة ، كذلك دلت إحصائيات مصلحة العمل فى مصر سنة ١٩٥٢ على أن إجمالى الإضرابات بلغ ٣٠ إضراباً تنصف على النحو الآتى :

توزيع مهنى : ١٠ إضرابات فى صناعة النسيج وحدها ، و ٢٠ إضراباً فى صناعات إستخراج المعادن ، وللأحلات والصناعات المعدنية ، وصناعة النقل البحرى والبحرى ، وصناعات مختلفة ... وقد إستنتج الإضراب عدد ١٧٥/٢٣٢ صاعداً على ولا تخرج الأسباب عن الأسباب السالفة .

أما المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٨ فقد حرم الإضراب منذ تقديم طلب التوفيق (المادة ٢١) واعتبر الإضراب فى حالة المخالفة جنحة عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة (المادة ٢٢) وقالت المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد أنه طالما لجأ أطراف المنازعة الجماعية إلى وسائل التوفيق والتحكيم فإنه لا يجوز إتخاذ الإضراب وسيلة لتحقيق المطالب ، وكذلك بعد صدور قرار التحكيم وهو بمثابة حكم واجب الإحترام .

وعندما صدر القرار الجمهوري بقانون العمل الموحد ١٩٥٩/٩١ تضمن ذات المبدأ فنص على حظر إضراب العمال ، الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق أو أثناء السير فى إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم (المادة ٢٠٩) ، وإذا نسب إلى العامل إرتكاب جنائية أو جنحة إضراب غير مشروع أو التحريض عليه أو إرتكاب أية جنحة داخل دائرة العمل ، جاز لصاحب العمل وقفه من تاريخ إبلاغه الحادث إلى السلطة المختصة حين صدور قرار منها فى شأنه (المادة ١/٦٧) .

(٧) فى ظل القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ :

بعد الإنتفاضة الوطنية يومي ١٨ و ١٩ يناير ١٩٧٧ صدر القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين ، وقد تضمن هذا القانون حظر الإضراب بصفة عامة ، إذا كان من شأنه تهديد الإقتصاد القومي وجعل عقوبة الإضراب الأشغال الشاقة المؤبدة (المادة ٧) ^(٤٤) .

ويلاحظ أن هذا القانون كاد يقضى على البقية الباقية من حالات الإضراب المشروع بالنسبة للعاملين بالقطاع الخاص ، الذين لا يقومون بخدمة عامة أو بعمل يعد حاجة عامة ، ذلك أن عبارة « تهديد الإقتصاد القومي » مطاطية ، بحيث يمكن تفسير أي حالة إضراب على أنها تهدد الإقتصاد القومي وبالرغم من ذلك كان لعمال القطاع الخاص - الذين لم يشملهم

(١٧) - مرحلة الإباحة وضرورة التدخل التشريعي :

بدأت هذه المرحلة بنفاذ « الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مصر » . وقد مر نفاذ هذه الاتفاقية بالتطورات الآتية :

ففي ١٩٦٦/١٢/١٦ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية .

وفي ١٩٦٧/٨/٤ وقعت مصر على الاتفاقية ، ولكنها لم تصدق عليها .

وفي ١٩٨١/١٠/١ صدر القرار الجمهوري ١٩٨١/٥٣٧ بالموافقة على الاتفاقية .

وفي ١٩٨١/١٢/٨ تم تصديق رئيس الجمهورية على الاتفاقية .

وفي ١٩٨٢/٤/٨ نشرت الاتفاقية بالجريدة الرسمية (٤٤) .

وفي ١٩٨٢/٤/١٤ أصبحت الاتفاقية نافذة المفعول في مصر (٤٥) .

وأصبح لها قوة القانون العادي طبقاً للمستوى المصري الذي ينص على أن « رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة » (المادة ١٥١/١) (٤٦) .

وتنص المادة الخامسة من الاتفاقية على الآتي :

« ليس في الاتفاقية الحالية ما يمكن تفسيره ، بأنه يميز لأية دولة أو جماعة أو شخص أي حق في الاشتراك بأي نشاط أو القيام بأي عمل يستهدف القضاء على أي من الحقوق أو الحريات المقررة في هذه الاتفاقية أو تقييدها لدرجة أكبر مما هو منصوص عليه في الاتفاقية الحالية » .

وتنص المادة الثامنة من الاتفاقية على الآتي :

« تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بأن تكفل ...

(د) الحق في الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص » (٤٧) .

ويبين من هذه المواد أن الإضراب أصبح مباحاً في مصر ابتداءً من تاريخ نفاذ الاتفاقية في ١٩٨٢/٤/١٤ ، وبالتالي لم يعد يشكل جريمة جنائية وذلك بعد إلغاء القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ (٤٨) بموجب القرار الجمهوري بالقانون ١٩٨٣/١٩٤ (٤٩) .

وتأتي هذه الإباحة تطبيقاً للمادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري الوارد في أسباب الإباحة وموانع العقاب ، والتي تنص على أنه : « لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة ، عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة » .

فهذه المادة تنص صراحة على تأكيد مبدأ أن إستعمال الحق سبب عام للإباحة في جميع الجرائم الواردة في قانون العقوبات (٥٠) ، وتطبيقاً لذلك ، فطالما أن الإضراب أصبح حقاً ، فإن إستعمال هذا الحق يعد سبباً للإباحة ما اعتبره قانون العقوبات جريمة ، مع مراعاة الشروط الآتية :

- (٤٤) الجريدة الرسمية العدد ١٤ / ١٩٨٢/٤/٨ .
- النشرة التشريعية العدد الرابع (إبريل سنة ١٩٨٢ ص ١٧٤٥) .
- (٤٥) قرار وزارة الخارجية في ١٩٨٢/٤/٨ .
- الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ١٩٨٢/٤/٨ .
- (٤٦) الدكتور السيد عيد نايل المرجع السابق ص ٨٦ .
- (٤٧) النشرة التشريعية العدد الرابع (إبريل سنة ١٩٨٢) ص ١٧٤٨ و ١٧٤٩ .
- (٤٨) راجع البند السابق ص ٢٠١ .
- (٤٩) الجريدة الرسمية العدد ٣٨ (مكرراً) في ١٩٨٣/٩/٢٥ .
- النشرة التشريعية العدد التاسع (سبتمبر ١٩٨٣) ص ٣٦٤٧ .
- (٥٠) الدكتور السيد مصطفى السعيد « الأحكام العامة في قانون العقوبات » ط ٤ ص ١٩٦٢ ص ١٦٨ .
- أستاذنا الدكتور رمسيس بهنام « النظرية العامة للقانون الجنائي » ط ١٩٧١ بند ٤٦ ص ٣٤١ .

عملاً ، والإمتناع عن تأدية واجبات ووظائفهم متفقين في ذلك ، ومبتغيين تحقيق غرض مشترك ، وطالبت بتطبيق المادة ١٢٤ من قانون العقوبات عليهم . وقد قضت المحكمة ببراءة جميع المتهمين مما أسند إليهم على أساس إنتفاء الركن الشرعي للجريمة . وقالت المحكمة في حيثيات الحكم الآتي :

« وحيث أنه تطبيقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور سالفة الذكر ، ولما إستقر عليه الفقه والقضاء في المعاهدات الدولية التي صدرت وفقاً للأصول الدستورية المقررة ، ونشرت في الجريدة الرسمية حسب الأوضاع المقررة ، تعد قانوناً من قوانين الدولة ، يتعين على القضاء الوطني تطبيقها بإعتبارها كذلك .

وحيث أنه متى كان ذلك ، فإن الإتفاقية المذكورة وقد نشرت في الجريدة الرسمية في الثامن من أبريل ١٩٨٢ - بعد أن وافق عليها مجلس الشعب - تعتبر قانوناً من قوانين الدولة ، ومصادمت لاحقة لقانون العقوبات فيأنه يتعين إعتبار المادة ١٢٤ قد ألغيت ضمناً بالمادة ٨ فقرة (د) من الإتفاقية المشار إليها عملاً بالمادة الثانية من القانون المدني ٠٠٠ مما تكون معه تهمة الإمتناع عن العمل قد بنيت على غير أساس من القانون .

والمحكمة في هذا الصدد تهيب بالمشرع أن يسارع إلى وضع الضوابط اللازمة لهذا الحق على نحو يحقق مصلحة البلاد العليا ، ومصالح العمال في نفس الوقت وحتى لا تهم الفوضى وتتعلت المصالح العليا للمجتمع ولضمان عدم توقف سير المرافق الأساسية أو المساس بوسائل الإنتاج أو إيذاء غير المضربين .

١ - أنه يجب مراعاة حدود الحق ، فتكون ممارسته عن طريق صاحبه أو من يتوب عنه وتطبيقاً لذلك يجب أن يمارس الإضراب عن طريق العمال أنفسهم أو عن طريق نقاباتهم المعالية .

٢ - أنه يجب أن تكون الأفعال التي يأتيها الشخص لازمة لممارسة الحق وفي الحدود التي يسمح بها القانون وإلا كانت غير مشروعة وتطبيقاً لذلك يجب أن تكون الأفعال التي تقع من المضرب داخله في مفهوم الإضراب فاحتلال أماكن العمل ، والبطء في الإنتاج الذي يسمى الإضراب بالقطارة يعد من الأفعال غير المشروعة ^(٥١) .

٣ - أن يكون من استعمل الحق حسن النية ، فيستهدف تحقيق المصلحة الإجتماعية التي شرع الحق من أجلها وتطبيقاً لذلك يجب أن يكون الهدف من الإضراب تحقيق مطالب مهنية رفض صاحب العمل تحقيقها ، أما إذا كان يستهدف تحقيق مطالب سياسية فلا يعد سبباً للإبادة ^(٥٢) .

وقد طبقت محكمة أمن الدولة العليا طوارئ بالقاهرة هذه المبادئ في حكم حديث شهير خاص بإضراب العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية سنة ١٩٨٧ .

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في قيام ٣٧ عاملاً من العاملين بالهيئة القومية للسكك الحديدية بالإضراب عن العمل يومي ٧ و٨/٧/١٩٨٦ بهدف الضغط على الحكومة للإستجابة لمطالبهم المهنية التي تتمثل في تقرير كادر خاص لها ، وزيادة الحوافز والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .

وقد اتهمت النيابة العامة العمال المضربين بتعطيل سير قطارات السكك الحديدية والإضرار بالأموال العامة

(٥١) الدكتور مصدود نجيب حسني « شرح قانون العقوبات » القسم العام ط ٥ ١٩٨٢ من ١٦٥ .

(٥٢) الدكتور أحمد فتحي سرور « الوسيط في قانون العقوبات » ج ١ القسم العام ط ١٩٨١ من ٣٧٤ .

البند (أولاً) : فى مشروعية الإضراب فى القانون المقارن .

البند ثانياً : مشروعية الإضراب فى التشريعات العربية .

البند ثالثاً : فى مدى مشروعية الإضراب فى القانون المصري ، وذلك على التفصيل السالف .

ونتكلم فى المبحث الثالث عن أثر الإضراب على العلاقات العمالية ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً فى أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بالمضربين ... والبند ثانياً فى أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير المضربين وذلك على التفصيل الآتى :

(أولاً) أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بالمضربين :

(١٩) - ١- أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل :

فى القانون الفرنسى أصبح الإضراب مشروعاً فى فرنسا بعد إلغاء جنحة التكتل ، التى كان منصوباً عليها فى المادتين ٤١٤ و ٤١٥ عقوبات فرنسي ، وذلك بموجب قانون ٢٥ مايو ١٨٦٤ لكن ظلت مسألة أثر الإضراب على عقد العمل محل إجتهد فى الفقه والقضاء بين ثلاثة مراحل على التفصيل الآتى :

١ - المرحلة الأولى : بين إلغاء جنحة التكتل ونشوب الحرب العمالية الثانية :

فى هذه المرحلة لم يكن يوجد نص يقرر مشروعية الإضراب ، أو يحدد أثره على عقد العمل ، بالرغم من أنه أصبح مشروعاً بإلغاء جنحة التكتل ، لذلك اختلف موقف القضاء العادى ، عن موقف الفقه الفرنسى ، عن موقف المحكمة العليا للتحكيم .

(٥٢) حكم محكمة أمن الدولة العليا طوارئ بالفاهرة . جلسة ١٩٨٧/٤/١٩ فى القضية ١٩٨٦/٤٩٩ الأزيكية (٢١) كلى شمال القاهرة) الخاصة بإضراب العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر - غير منشور .

وحيث أنه بالنسبة لتهمة تعطيل سير القطارات والإضرار العمدي بأموال ومصالح الهيئة القومية لسكك حديد مصر ، فإنه من المقرر قبحاً وقضاً بأنه متى قرر الشارع حق إقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى استعماله ، أى إباحة الأفعال التى تستهدف الاستعمال المشروع للحق ، وكذلك النتائج المترتبة على هذا الاستعمال ، سواء للحصول على ما يتضمنه من مزايا ، أو لمباشرة ما يخوله من سلطات ، وأساس إعتبار استعمال الحق سبب للإباحة ، وجوب تحقيق الإنساق بين قواعد القانون إذ بعدم المنطق أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التى يستعمل بها . فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة ... فإذا ما أباح المشرع فعلاً من الأفعال ، فمن غير المقبول أن يحاسب بعد ذلك على ما قد يحدث نتيجة لهذا الفعل .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان حق الإضراب مباحاً بمقتضى الإنفاكية الدولية السابق الإشارة إليها ، وكان الثابت من الأوراق والتحقيقات أن أبأ من المتهمين لم يتم بإتلاف أو تخريب القطارات أو المعدات مما يقطع بحسن نيتهم فإن ما حدث نتيجة لذلك الإضراب لا يمكن أن يقع تحت طائلة قانون العقوبات عملاً بالمادة ٦٠ سالفه الذكر « (٥٣) .

المبحث الثالث

أثر الإضراب على العلاقات العمالية

(١٨) تهميد :

تكلمنا فى المبحث الأول عن ماهية الإضراب ، وذلك من خلال بندين كبيرين ، البند أولاً فى - تعريف الإضراب ، والبند ثانياً فى عناصر الإضراب ، وذلك على النحو السالف .

وتكلمنا فى المبحث الثانى عن مدى مشروعية الإضراب ، وذلك من خلال ثلاث بنود :

السلح ضد مصلحة العامل ، بالرغم من إستخدامه بطريقة مشروعة ^(٤) .

إن موقف القضاء العادي ترتب عليه نتائج متعددة في غير صالح العمال ، مثل فقد العامل وظيفته ، والتزامه بتعويض صاحب العمل ، وتهديده بالطرد من مسكنه إذا كان إيجاره مرتبطاً بعقد العمل ^(٥) ، وفقد أقدميته في حالة موافقة صاحب العمل على عودته إلى عمله ^(٦) .

ونتيجة لهذه الإنتقادات خففت المحاكم قليلاً من موقفها في السنوات السابقة على نشوب الحرب العالمية الثانية ، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن توقف العمال عن العمل بقصد إجبار صاحب العمل على تنفيذ إلتزاماته لا يشكل إضراباً بل يعد تمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ ^(٧) ، وحيث ميزت بين حالة التوقف الإرادي عن العمل ، وحالة التوقف نتيجة للتهديد بالعنف من قبل عمال آخرين وإعتبرتها لا تشكل إضراباً ينهي عقد العمل ^(٨) ، وحيث كانت النية المشتركة لصاحب العمل والعمال المضربين تفسر على أنها إقحمت ، عند إبرامهم لعقود العمل - إلى إستبعاد الأثر المنهي للإضراب ^(٩) ، وحيث كان

وموقف القضاء العادي يتلخص في أن الإضراب ينهي عقد عمل العامل المضرب ^(١١) تأسيساً على أن العمال يعبرون بالإضراب عن عدم موافقتهم على شروط العمل القائمة ورغبتهم في إبرام عقود عمل بشروط جديدة ، أو إن إعلان الإضراب ، يعتبر إخطاراً من العامل يوجهه إلى صاحب العمل بإنهاء العقد القائم بينهما ، أو أن الإضراب يعد خطأ من العامل يؤدي إلى الإنهاء الفوري لعقد عمله .

ووفقاً لنظرية القضاء كان يمكن لصاحب العمل - بالإضافة إلى إنهاء العقد - مطالبة العامل المضرب بالتعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل أو إعادة إستخدام العمال المضربين جميعهم أو بعضهم أو إستخدام غيرهم ، فإذا إستخدم نفس العمال فيكون ذلك على أساس عقد عمل جديد قد يتفق أو يختلف مع عقد العمل القديم المنتهي حسب نجاح أو فشل الإضراب ^(١٢) .

وموقف الفقه الفرنسي يتلخص في أن الإضراب يوقف عقد العامل المضرب (Suspend Du Contrat) ويؤيد الفقه موقفه بتوجيه عدة إنتقادات لموقف القضاء العادي هي : أن موقف القضاء العادي يتعارض مع الصفة القسدية لإنهاء عقد العمل على أساس أن الإنهاء يقتضي إقحاء إرادة العامل إليه ، وأن يعبر عن هذه الإرادة بطريقة واضحة وذلك على عكس حالة الإضراب التي تتجه فيها إرادة العامل المضرب إلى تحسين ظروف العمل ، مع التمسك بمركزه التعاقدى ومن ثم فإن هذه الإرادة لا تتجه إلى الإنهاء ^(١٣) .

وأن موقف القضاء العادي يتعارض مع تطور قانون العمل ، الذى يتجه منذ زمن بعيد إلى الإعتراف بحقوق جماعية للعمال ، ومن أهم هذه الحقوق حق الإضراب ، وهذا الحق هو سلاح فى أيدي الطبقة العاملة تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال بهدف تحسين ظروف العمل ، ولا يحقل أن يصبح إستخدام ذلك

(1) Finit du contrat :

- Rey, 18 mars 1902, D. P. 1902-1-323 .
- Cass. Civ. 13 nov. 1906, D. P. 1907-1-372 .
- Cass. Civ. 1er mai, 1933, D. P. 1923-1-369 .
- Cass. Civ. 17 nov 1937, Gaz.Pal.1938-1-258
- Cass.Civ.28Juillet 1938,Gaz.Pal.1938-2-552
- Cass. Civ. 3 août, 1938, H. D. 1938-513 .

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى « عقد العمل في القانون المصرى » المرجع السابق بند ٢٧٤ ص ٩٧٥ .

(3) Brun et Galland, op. cit, P. 465 .

- Sinay et Javillier, op. cit. P. 293 .

(4) Durand et Vitu, op. cit P. 828 .

(5) Trib. civ. Seine, 13 dec, 1938, Gaz.Pal 1939-1-136

(6) Sinay et Javillier, op. cit. P. 294 .

(7) Durand et Vitu, op. cit. P. 829 .

(8) Cass. Civ. 9 mars 1938, H. D. 1939-306 .

- Cass. Soc. 17 nov. 1938, D. H. 1939-23 .

- Cass.Soc.16 mars 1938, Gaz.Pa. 1939-2-23

(9) Trib. Civ. Seine, 11 Janv. 1937, D.P.1938-2-113 .

- Trib. Paix saint Nazaire, 18 Janv. 1937, Gaz.Pal 1937-1-582 .

جماعياً^(١٣) . والثانية هي أن دستور سنة ١٩٤٦ لم يأت بأي جديد ولكنه أكد مشروعية الإضراب على أن يمارس وفقاً للقوانين التي تنظمه ، وهذه المشروعية تقررت قبل صدوره منذ إلغاء جنة التكتل بموجب قانون ٢٥ مايو ١٩٦٤ . والثالثة هي أنه يجب إنكار كل قيمة قانونية لنص مقدمة الدستور حول الإضراب ، لأنه وفقاً لهذا النص يمارس الإضراب وفقاً للقوانين التي تنظمه وهذه القوانين لم تصدر بعد^(١٤) .

وذهبت النظرية الثانية إلى أن الإضراب يوقف عقد العمل بصفة مطلقة . وقد جاء هذا الإطلاق كأثر للتقنين الدستوري لحق الإضراب دون تقييده بأي قيد . ومن ثم لا فرق بين الإضراب المهني والسياسي . أما إذا أرتكبت أثناء الإضراب أعمال عنف ضد الأشخاص أو الأموال ، فإن هذه الأفعال تشكل خطأ ضد مرتكبيها ويسألون عنه ، دون أن تؤثر على مشروعية حق الإضراب^(١٥) . ومعنى آخر فإن علاقة العمل تظل قائمة أثناء الإضراب ، حتى لو خولفت الإلتزامات التعاقدية أو القانونية ، ولا يشكل الإضراب خطأ تأديبياً أو مدنياً ، ومن ثم إذا رفض صاحب العمل إستئناف العامل لمهام عمله بعد إنتهاء الإضراب فإن هذا الرفض يعد فصلاً تعسفياً للعامل^(١٦) .

وأخذ القضاء الفرنسي بموقف وسط بين النظريتين السابقتين . فذهب إلى أن الإضراب يوقف عقد العمل^(١٧) ، إلا في حالات إرتكاب خطأ جسيم من

يستخلص تنازل صاحب العمل عن الإنهاء من بعض تصرفاته أثناء أو بعد الإضراب ، مثل منحه شهادة بظالة للعامل المضرب أثناء الإضراب^(١٨) .

وموقف المحكمة العليا للتحكيم يتلخص في أن الإضراب لا يعبر عن إرادة العمال الصريحة أو الضمنية في ترك العمل بصفة نهائية وإنما يظل موقوفاً طوال مدة الإضراب وقالت في حكم لها : « أنه مع غياب التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً ، الذي يدل على ترك العمال للعمل نهائياً ، فإن الإضراب لا يؤدي إلى إنهاء عقود العمل »^(١٩) ، ومع ذلك قررت المحكمة لصاحب العمل سلطة التأديب على العامل عن خطئه أثناء ممارسة الإضراب ، وقصده في حالة الخطأ الجسيم ، مع مراقبة المحكمة للمواءمة بين خطأ العامل والجزاء الموقع عليه^(٢٠) .

٢ - المرحلة الثانية : التقنين الدستوري لحق الإضراب

بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية ، صدر الدستور الفرنسي في ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ ، وتضمنت الفقرة السابقة من مقدمته النص على تقنين حق الإضراب على النحو الآتي : « حق الإضراب يمارس في طار القوانين التي تنظمه » .

وقد ثار الجدل في ظل هذا النص عن أثر الإضراب في عقد العمل . فأخذ الفقه الفرنسي بنظريتين وأخذ القضاء الفرنسي بموقف وسط .

ذهبت النظرية الأولى إلى أن الإضراب ينهي عقد العمل ، وأن التقنين الدستوري لحق الإضراب لم يغير من الأمر شيئاً . وبالتالي يظل ما استقر عليه القضاء - قبل صدور الدستور هو الأولى بالإلتباع ، تأسيساً على ثلاث حجج : الأولى هي أنه يجب التأكيد على الصفة الفردية للإضراب ومن ثم فإن حق العامل في الإضراب ليس سوى حقه في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة ، ولا يهم إذا كان الإضراب فردياً أو

(10) Trib. Civ. Versailles. 13 nov. 1936, Gaz. Pal. 1937-1-99 .

- Trib. Civ. Seine, 11 janv. Préc .

(11) Cou-sup d arb. 19 mars 1939, Dr. soc. 1939, 199.

(12) Sinay et Javillier, op. cit. 259 .

(13) Henrie (m.m) et Leon Nazaud : l'abus des droits et les conflits du travail, ques. parl., avr, juin 1948 P. 14 .

(١٤) راجع في شرح هذه الحجج بالتفصيل :

- Durand et Vitu, op. cit. P. 835 .

(15) Bortel " Le droit de grève et la jurisprudence " de 1948 " de Duv. 1948, P. 368 et s .

(16) Durand et Vitu op. cit. P. 836 .

(17) Trib. Civ. Lyon. 3 dec. 1947, dr. Soc. 1948, P. 304 .

- Trib. Civ. Lill 7 Juillet 1948, de. Duv. 1948, P. 319

ويعتبر من هذا المبدأ حالة إرتكاب العامل المضرب خطأً جسيماً . ففي هذه الحالة ينهي الإضراب عقد العمل ، دون أي تعويض للعامل ، وذلك سواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة . ولم يحدد المشرع المقصود بالخطأ الجسيم والرأي الراجح فقهاً وقضياً أنه يدخل في سلطة قاضي الموضوع تقدير الوقائع المنسوبة للعامل ، وما إذا كانت تشكل خطأً جسيماً من عدمه ، مع خضوع تقديره لرقابة محكمة النقض الفرنسية ^(٢٥) . وقضى بإعتبار سلوك العامل خطأً جسيماً في حالة رفض العامل إتباع إجراءات الأمن داخل المشروع ^(٢٦) ، وحالة إرتكاب العامل خطأً جنائياً أثناء الإضراب ^(٢٧) وحالة الإعتداء على حرية الآخرين في العمل ^(٢٨) .

ويلاحظ أنه في حالة الخطأ الجسيم لا ينتهي عقد العمل بقوة القانون ، ولكن يتمسك صاحب العمل بهذا الإنهاء عن طريق استعمال سلطته التأديبية ^(٢٩) .

العامل ، وحالات التعسف في استعمال حق الإضراب ^(٣٠) ذلك أنه بالرغم من أن الدستور لم ينص على قاعدة الوقف صراحة ، إلا أن القضاء إستنبط هذه القاعدة من روح النص . فمادام الدستور قد اعترف بحق الإضراب ، فإنه يجب على القاضي أن يستمد من هذا الإعتراف نتائج المنطقية فممارسة هذا الحق لا يمكن أن تعد خطأً إرتكبه العامل بالمخالفة لشروط عقد العمل ، ولا تعد تركاً نهائياً للخدمة لدى صاحب العمل بل الصحيح أن العامل عندما يمارس حقه في الإضراب يستفيد من ميزة منحها له القانون ، ومن ثم يتمسك بسبب قانوني لوقف عقد عمله ، وعدم صدور التشريعات التنفيذية لا يلغى الحق الذي قننه الدستور ^(٣١) .

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاثة أحكام في هذا الصدد وإن كانت في تاريخ لاحق لقانون ١١ فبراير ١٩٥٠ الحكمان الأولان عن الدائرة الإجتماعية ^(٣٢) و ^(٣٣) ، والحكم الثالث عن الدائرة الجنائية ^(٣٤) ، وبذلك إنتهى التعارض بين موقف القضاء العادي والمحكمة العليا للتحكيم ^(٣٥) .

٣ - المرحلة الثالثة بعد صدور قانون العمل الفرنسي ١١ فبراير ١٩٥٠ :

صدر قانون العمل الفرنسي ١١ فبراير ١٩٥٠ ونص على أن « الإضراب لا ينهي عقد العمل ، إلا في حالة الخطأ الجسيم المنسوب إلى العامل (المادة ٤) » .

وهذا النص صريح في أن الإضراب يعد سبباً لوقف عقد العمل . وهذا المبدأ يسري على جميع العلاقات التعاقدية ، مثل عقد العمل العادي ، وعقد العمل تحت الإختبار وعقد المقاولة ، ويعد كذلك إلى الموظفين العموميين بالرغم من أن مراكزهم غير تعاقدية ^(٣٦) .

(18) Trib. Civ. Seine 20 mars 1948, dr. soc. 1948 P. 302 .

- Trib. Civ. Versailles 30 avr. 1948, Gaz.Pal. 1948-2-21.

- Trib. Civ. Poix. Nartigues, 11 Janv. 1950, quest. Prud'n 1950-223 .

(19) Cass. Soc. 28 juin 1951, dr. soc. 1951 .

(20) Cass. Soc. 1er juin 1951, dr. soc. 1951. P. 530

(21) Cass. Soc. 28 juin 1951, Prec .

(22) Cass. crim. 28 juin 1951, dr. soc. 1951. P. 474 .

(23) Durand et Vitu, op. cit. P. 840 .

(24) Durand et Vitu, op. cit. P. 842 .

(25) Cass. Soc. 28 dec. 1951, Gaz.Pal. 1952-1-166 .
- Durand et Vitu, op. cit. P. 853 .

(26) Cas. Soc. 14 juin 1958, Bull, IV, no. 549 .

(27) Cass. Soc. 4 oct. 1978, citée, par comerynck et Lyon caen, op. cit. P. 774 .

(28) Cass. Soc. 6 mai 1971, dr. soc. 1971. P. 544

(29) Patin, droit social, 1951, P. 533 .

- Durand et Vitu, op. cit. P. 851

(٢٠) - ٢- أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل في القانون المصري :

رأينا عند الكلام عن مدى مشروعية الإضراب في القانون المصري أنه لم يكن يتضمن سوى قواعد تحرم أو تنقيح الإضراب (٣٠) ، أما مسألة أثر الإضراب بين إنهاء ووقف عقد العمل فكانت متروكة لإجتهاد الفقه والقضاء ولا سيما بعد صيرورة الإضراب مباحاً بمقتضى الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية السارية المفعول في مصر إعتباراً من ١٩٨٢/٤/٨ .

وموقف الفقه المصري ينقسم إلى رأيين :

ذهب الرأي الأول : إلى ضرورة تطبيق القواعد العامة في القانون المدني ، فيما يتعلق بأثر الإضراب على عقد العمل ، طالما لم يتدخل الشرع بنصوص صريحة تنظم ممارسة حق الإضراب وتحدد أثره على عقود العمل ويقتضي هذا التطبيق التفرقة بين ثلاثة أنواع من الإضراب :

النوع الأول : الإضراب الذي يقصد به تعديل عقد العمل كإنقاص ساعات العمل أو زيادة الأجر ، هذا الإضراب يمثل إنهاء عقود العمل القائمة ، وتوجيه إيجاب لصاحب العمل لإبرام عقود جديدة .

النوع الثاني : الإضراب الذي يقصد به غرض مستقل عن عقد العمل كإرغام صاحب العمل على فصل عمال يريد بقاؤهم أو إعادة عمال يريد فصلهم . هذا الإضراب لا يترتب عليه سوى وقف عقد العمل لأن نية المضربين ظاهرة في بقاءهم وإن انحسرت إرادتهم إلى تعطيل تنفيذه ، بغية الضغط على صاحب العمل في بعض الأحوال ، أو على السلطات العامة في البعض الآخر -

على أن الإضراب وإن ظل عديم الأثر على وجود عقد العمل ، يعتبر إخلالاً عمدياً بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، يلزم المضربين وفقاً للقواعد العامة بتعويض صاحب العمل عما أحدثته به من ضرر ، ويجوز لصاحب العمل أن يفسخ العقد دون لجوء إلى القضاء (المادة ٥/٦١ عمل) .

النوع الثالث : الإضراب الذي يقصد به إجبار صاحب العمل على تنفيذ التزاماته ، أيأ كان مصدر هذه الالتزامات : عقد العمل الفردي ، أو الجماعي ، أو عادات المهنة الملزمة ، أو القانون ، هذا الإضراب يعد بمثابة دفع بعدم التنفيذ (المادة ١٦١ مدني) (٣١) .

وذهب الرأي الثاني : إلى أن الإضراب مسادام مشروعاً وغير متعسف فيه يؤدي إلى وقف عقد العمل ولا ينهيه . فالعامل المضرب له مطالب يرغب في الاتفاق عليها ، فإذا نجح الإضراب أجبت مطالبه ، وإذا فشل الإضراب عاد العامل إلى عمله خاضعاً لإرادة صاحب العمل المنتصر (٣٢) . ووفقاً لأصحاب هذا الرأي لا أساس للتفرقة بين المطالبة بتعديل شروط عقود العمل أو المطالبة بتنفيذ عقود العمل ، مادامت نية العمال المضربين واضحة في تمسكهم بعلاقة العمل ، وإنهم لا يقصدون من الإضراب سوى المساومة للوصول إلى اتفاق مع صاحب العمل (٣٣) ، لتحسين ظروف عملهم ، أو حث صاحب العمل على تنفيذ تعهداته . كما أن التفرقة التي ذهب إليها الرأي الأول لا تقوم على أساس سليم ، لأنها تستند إلى المباديء

(٣٠) راجع البند ١٦ ص ٣٦ .

(٣١) الدكتور محمود جمال الدين زكي « قانون العمل » ، المرجع السابق بند ٤١٤ ص ٨١٩ .

(٣٢) الأستاذ على العريف المرجع السابق ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٣٣) عمال كلي شمال القاهرة الكلية ١٩٧٢/١١/١٢ في الدعوى ١٩٧٢/٧٧١ - حين البصري وسهير السلاوي « قضاء العمل » ط ١ ص ١٩٨٢ ص ٣٩٩

وتتفرع من هذه العلاقات الأخيرة مشاكل تنقسم بدورها إلى نوعين :

النوع الأول : مشكلات أو مطالب قانونية وهي التي يستند فيها العمال إلى نص في القانون أو العقد أو العرف ، فكل ما يطلبونه هو تطبيق هذا النص أو شرط العرف عليهم جميعاً متى تم التحقق من وجوده وتوافر شرائطه .

والنوع الثاني : مشاكل أو مطالب إجتماعية أو إقتصادية وهي التي يرمي بها العمال إلى تحسين أحوالهم الإجتماعية أو الإقتصادية دون سند في القانون أو العقد ، بل تستند إلى العرف وقواعد العدالة .

وللعمال في سبيل تحقيق مطالبهم الجماعية وخاصة الإجتماعية والإقتصادية وسائل منها مأنص عليه كعقد العمل المشترك والإلتجاء إلى لجان التوفيق وهيئات التحكيم ، ومنها مالم ينص عليه كالإضراب وإن تناوله الفقه والقضاء والتشريعات الأخرى .

فالقاعدة العامة أن الإضراب حق مشروع غير ممنوع ، يحق إستعماله كباقي الحقوق الأخرى ، دون الرجوع عليهم بعقوبة أو تأديب أو تعريض ، ويكون ذلك مفهوماً لأن سكوت النص معناه تأييد العرف الذي يقرر هذا الحق . فضلاً عن أن التحريم .. وإستثناءً فلا بد من نص عليه .

وفي الإضراب غير المشروع أي المجرم جنائياً من حق رب العمل - بلا خلاف في الرأي - أن يفسخ عقوده العمل أما الإضراب المشروع أي الذي لا ينطبق عليه الحظر الوارد في التشريعات فقد ثار خلاف بشأنه .

(٢٤) الدكتور السيد عبد نابل ، المرجع السابق ص ١٢٧ .

(٢٥) جزئي الأنيكية . ١٩٣٦/٢/٢٠ . للامانة ١٧ (١٩٣٧) ٨-٩١٤ .

- إستئناف القاهرة ١٩٣٧/٤/٢٥ ، الامانة ١٨ (١٩٣٨) ٩-٥٥ .

(٢٦) محكمة الميزة الابتدائية ١٩٥٦/١/٢٦ في الدعوى ٥١٨ ، غير

منشور .

(٢٧) جمع نطق ١٩٥٨/١١/٢٤ في الدعوى ١٩٥٨/٥٧٧ ، غير منشور .

العامة التي وضعت لتتناسب مع العلاقات الفردية دون العلاقات الجماعية والخلاصة أن الإضراب يؤدي إلى وقف عقد العمل مادام الإضراب مشروعاً ولم يصطبب بإجراءات عنف أو إعتصام ، وغير مقترن بخطأ جسيم من العامل . وينطبق هذا المبدأ على جميع العلاقات التعاقدية والتنظيمية مثل عقد العمل الفردي وعقد العمل تحت الإختبار ، وعقود العاملين بقطاع الأعمال العام ، والعاملين بالحكومة حيث تشوق مراكزهم التنظيمية أثناء الإضراب ولا تنتهي (٢٤) .

وموقف القضاء المصري من خلال الأحكام التي أصدرها وتعلق بأثر الإضراب على عقد العمل يتلخص في إعتبار الإضراب سبباً من أسباب وقف عقد العمل ولا يعد إنهاء له من جانب العامل ، مادامت نية العمال المضربين واضحة في تسكهم بعلاقة العمل على أساس أنهم لم يقصدوا من التمسك بالإضراب إلا المساومة للوصول إلى إتفاق مع صاحب العمل (٢٥) . ويلتزم صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله بعد إنتهاء فترة الإضراب وإلا اعتبر عدم إعادته إلى عمله فصلاً تصفياً من صاحب العمل (٢٦) وإذا حفظ الإتهام الموجه إلى العامل بالتحريض أو بالإشتراك في الإضراب فليس لصاحب العمل أن يفصله لذات الواقعة وليس له تنفيرها بأنها إخلال بالتزاماته الجوهريّة (٢٧)

ومن أهم الأحكام التي صدرت عن القضاء المصري وأخذت مبدأ وقف عقد العمل ، حكم محكمة شمال القاهرة الكلية في الدعوى ١٩٧٣/٧٧١ الذي قالت فيه :

وحيث أن علاقات العمل نوعان : علاقات فردية وهي التي تقسم بين العمال فرادي ، ورب العمل بحكمها عقد العمل الفردي الشقوي أو الكتابي المبرم بين الطرفين . وعلاقات جماعية وهي التي تقوم بين مجموع العمال وتشكيلاتهم النقابية وبين رب العمل -

(٢١) - ٣ - آثار وقف عقد العمل :

يترتب على وقف عقد العمل ثلاثة آثار : الأولى تحرر المتعاقدين من بعض الإلتزامات الناشئة عن العقد أثناء فترة الإضراب ، والثانية تقييد حق أطرافه في إنهائه ، والثالثة إستئناف تنفيذ عقد العمل بعد إنتهاء فترة الإضراب .

ونعني بإلقاء الضوء على الآثار الأولى :

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن من أهم آثار وقف عقد العمل تحرر المتعاقدين من بعض إلتزاماتها المتبادلة أثناء فترة الإضراب وتنقسم هذه الإلتزامات إلى نوعين :

النوع الأول : الإلتزامات المستمرة وهي يجب أداؤها طالما وجد عقد العمل فوجود ونفاذ هذه الإلتزامات يرتبط بوجود هذا العقد ، ولا يرتبط بوجود رابطة التبعية .

النوع الثاني : الإلتزامات غير المستمرة وهي غير مرتبطة بوجود عقد العمل ، ويجب أداؤها وفقاً لتواريخ وأوقات محددة ، وترتبط بوجود رابطة التبعية ويترتب على الإضراب وقف عقد إحتفاء الإلتزامات غير المستمرة (٣٨) .

وتتعلق الإلتزامات غير المستمرة بأداء العمل والأجر وإبرام عقود العمل البديلة وحوادث العمل ومسئولية صاحب العمل بإعتباره متبرعاً .

ففيما يتعلق بأداء العمل ، يتحرر العامل من أن يظل تحت سلطة وتصرف صاحب العمل أى لا يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه ، ويتحرر صاحب العمل من إلتزامه بفتح أبواب المنشأة للعامل المضرب أو تقديم

فذهب البعض إلى أنه فاسخ للعقد وذهب أنصار هذا الرأي إلى التفرقة بين موقف العمال إذا أضربوا مطالبين بتنفيذ عقد العمل وبين مطالبتهم بتعديل تلك الشروط ، وإعتبروا الإضراب موقفاً للعقد في الحالة الأولى ، فاسخاً في الحالة الثانية . بينما ذهب رأي آخر إلى أن الإضراب موقف للعقد فقط .

وترى المحكمة أنه لا أساس للتفرقة بين الإضراب للمطالبة بتنفيذ عقود العمل ، وبين المطالبة بتعديل شروط تلك العقود ، سادمت نية العمال المضربين واضحة في قسكهم بعلاقة العمل ، وأنهم مايقصدون من الإضراب إلا المساهمة للوصول إلى إتفاق مع صاحب العمل ، وبالتالي فالإضراب موقف للعقد لا فاسخ له في صورته سواء للمطالبة بتنفيذ العقود أو لتعديل شروطها إذ أن هذا يتفق مع العرف والضرورات العملية كما يتفق مع الرأي الراجح في فرنسا .

وتنتهي المحكمة بما تقدم إلى أن الإضراب حق مشروع ما لم يخالف نصاً جائياً ، وأنه موقف للعقد لا فاسخ له ، سواء كانت طلبات العمال بتنفيذ العقود أو تعديل شروطها وأنه مقيد بعدم التعسف فيه ، وألا يصحبه تلف يسبب خسارة جسيمة لرب العمل أو إعتداً عليه .

وعليه فإن المحكمة ترى أن امتناع المدعية عن العمل في صورة إضراب ، هو إمتناع مشروع لا يبرر فسخ العقد ، ولا بعد إخلالاً بإلتزام جوهري إذ أن المطالب المسببة للإضراب هي مطالبة مشروعة ، تستند إلى العدالة في نطاق مساومات العمل الجماعية ، وأن الهدف من الإضراب هو لفت نظر المسؤولين لهذه المطالب لتسويتها وأن مدة الإضراب لم تطل فلم تتجاوز يومين ، وبالتالي فلا محل لإستناد الشركة لنصوص العقد واللائحة الخاصة بالمعاقبة على الإمتناع عن العمل (٣٨) .

(٣٨) عمال كلى شمال القاهرة ١٩٧٢/١١/١٢ الدعوى ١٩٧٢/٧٧١ راجع حسن السببوني وسير السلاوي د قضاء العمل ، المرجع السابق ص ٣٩٩ .

(39) Beraud, op. cit. P. 46 .

ثم أن التطور التشريعي والإتجاهات الحديثة في الفقه والقضاء توحى بإعتبار كل إصابة يسببها النشاط المهني بصفة عامة إصابة عمل^(٤٧) . فالعامل المضرب عندما يذهب إلى مكان العمل للإستفسار عن مصير الإضراب تكون دوافعه مهنية^(٤٨) .

وفيما يتعلق بمسئولية صاحب العمل بإعتباره متبوعاً ، فإن الأخطاء التي يرتكبها العامل في فترة الإضراب ، لا يكون صاحب العمل مسؤولاً عنها بإعتباره متبوعاً ، لأنه في حالة وقف عقد العمل تخفي رابطة التبعية ، ولا يكون لصاحب العمل توجيه العامل ومراقبته^(٤٩) . لكن إذا كان الفعل الخاطئ الذي إرتكبه العامل في فترة الوقف يرتبط بعلاقة سببية بالوظائف التي كان العامل يقوم بها قبل وقف العقد ، فإن صاحب العمل يكون مسؤولاً عن تعويض المضرور بإعتباره متبوعاً في هذه الحالة^(٥٠) .

(40) Cass. Soc. 1er Juin 1951, dr. soc. 151, P. 530 .

- الدكتور مسعود جمال الدين زكي « عقد العمل » المرجع السابق ص ٩٤ .

(41) Cass. Soc. 11 Janv. 1962, D. 1962. P. 629 .

(٤٢) الدكتور يوسف إلياس « الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري » رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٧٧ ص ١٨٩ .

(43) Cass. Soc. 21 dec 1977, J. C. P. 1978, somm. P. 58 .

- Nabil Saad, op. cit. P. 146 .

(44) Durand et Vitu, op. cit. t. III. P. 848 .

- Sinay, " La grève " 1 er éd. P. 256 - 257 .

- Yamaguchi, op. cit. P. 130 .

(45) Beraud, op. cit. P. 170 .

- Yamaguchi, op. cit. P. 340 .

(٤٦) الدكتور السيد عيد نايل « الوجيز في قانون التأمين الإجتماعي » ط ١٩٨٦ ص ١٨٨ وما بعدها .

(47) Sinay, op. cit. P. 293 .

(٤٨) الدكتور أحمد محرز « الخطر في تأمين إصابات العمل » ط ١٩٧٦ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

- الدكتور السيد عيد نايل ، المرجع السابق ص ٢٠٣ .

(49) Brun et Galland, op. cit. P. 471 .

- Beraud, op. cit. P. 175 .

- Nabil Saad, thèse préc. P. 385 .

(٥٠) الدكتور السيد عيد نايل « مدى مشروعية الإضراب » المرجع السابق ص ١٦٣ .

العمل له أو تقديم الأدوات الضرورية لأداء مهمته بل يجب على العامل أن يرد لصاحب العمل ما في حوزته من أدوات ومهمات تتعلق بالعمل .

وفيما يتعلق بالأجر لا يستحق العامل أي أجر من حيث المبدأ طالما لم ينفذ العمل^(٤٠) . فالأجر يعتبر مقابلاً أو عوضاً عن العمل ومن ثم فإن عدم تنفيذ العمل يقتضي إنقضاء المقابل له ، وهو الإلتزام بدفع الأجر^(٤١) ، وذلك تطبيقاً لفكرة السبب^(٤٢) .

ويجوز لصاحب العمل ألا يتمسك بالاستفادة منها ، إذا وافق على ذلك في إتفاق مبرم في نهاية الإضراب أو نص على ذلك في عقد عمل جماعي^(٤٣) .

وفيما يتعلق بإبرام عقود العمل البديلة بالنسبة لصاحب العمل فله رخصة سد النقص المؤقت من العمال في منشأته فترة الإضراب ، عن طريق إستخدام عمال بدلاء لمن أوقفت عقود عملهم^(٤٤) . وبالنسبة للعامل فيمكنه إبرام عقد عمل مؤقت لدى صاحب عمل آخر حتى يمكنه الحصول على حاجاته المعيشية والعائلية فترة الإضراب^(٤٥) .

وفيما يتعلق بالحوادث التي تقع للعامل المضرب ، فالرأي السائد هو أن حوادث الإضراب حوادث عمل على أساس أن ممارسة الإضراب تعتبر حقاً للعامل ، ومن الطبيعي أن تكون الإصابة التي تحدث له أثناء ممارسة هذا الحق بطريقة مشروعة إصابة عمل كما أن المشرع نفسه لا يشترط رابطة ضيقة بين تنفيذ العقد والحوادث بل مجرد أن يكون الحادث قد وقع أثناء العمل أو بمناسبةه (المادة 415 - 1) من تقنين التأمينات الإجتماعية الفرنسية والمادة ٥ من قانون التأمين الإجتماعي المصري (١٩٧٥ / ٧٩)^(٤٦) .

المضربين :

ثانياً : أثر الإضراب في علاقة صاحب العمل بغير

(٢٢) - ١- أثر الإضراب في علاقة صاحب العمل بغير

المضربين في القانون المقارن :

القاعدة المستقرة في القانون المقارن أن عقد العمل يظل نافذاً في علاقة صاحب العمل بالعامل غير المضرب ، وبالتالي يلتزم صاحب العمل بتقديم العمل للعامل ثم يلتزم بدفع الأجر .

ويثور التساؤل - في حالة عدم تمكن صاحب العمل من تقديم العمل للعامل غير المضرب هل يمكنه التمسك ببرائة ذمته من الإلتزام بدفع الأجر ، على أساس أن العامل لم يقم بأداء العمل ؟ .

الحل أن صاحب العمل لا يمكنه التمسك ببرائة ذمته من الإلتزام بدفع الأجر ، إلا إذا أثبت وجود حالة القوة القاهرة . . . فيجب أن يشكل الإضراب حالة قوة القاهرة بالنسبة لصاحب العمل ، وأن يتوافر فيه شروط القوة المعروفة في القانون المدني ، ويظل صاحب العمل مسئولاً عن أجر العامل غير المضرب إذا إختل شرط من شروط القوة القاهرة في الإضراب (٥١) .

ويتأسس هذا الحل - في القضاء الفرنسي - على أن العامل غير المضرب قد وضع نفسه تحت تصرف صاحب العمل ، وبالتالي يستحق المقابل . وهذا المقابل ليس أجراً بالمعنى الدقيق - وإنما هو تعويض عن الأجر .

فالمعادلة التقليدية : عمل = أجر .

تحل محلها أثناء الإضراب بالنسبة للعامل غير المضرب معادلة أخرى :

وضع العامل نفسه تحت تصرف صاحب العمل = تعويض عن الأجر (٥٢) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية في دعوى تتلخص وقائعها في أن أحد أصحاب الأعمال وضع بعض عماله تحت تصرف مشروع آخر ، وفي الوقت نفسه أعلن الإضراب في هذا المشروع الأخير . طالب العمال بأجورهم من صاحب عملهم كالمعتاد فرفض صاحب العمل دفع هذه الأجور على أساس أن هؤلاء العمال لم يقوموا بالعمل ، حكم قضاة الموضوع لصالح العمال ، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم ، ورفضت الطعن على أساس أنهم وضعوا أنفسهم تحت تصرف صاحب العمل أثناء الإضراب (٥٣) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر بتعويض عامل عن أجره أثناء الإضراب ، لإغلاق صاحب العمل لمصنعه دون أن يشبث إستحالة تقديم العمل للعامل غير المضرب (٥٤) .

وتأخذ قوانين دول المجموعة الأوروبية بذات الحل الذي أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي ، ولكن يؤسس على نظرية مخاطر المشروع . فهذه النظرية هي التي تهرق بقاء دين الأجرة بالرغم من عدم وجود المقابل وهو أداء العمل (٥٥) .

أما إذا توافرت شروط القوة القاهرة في الإضراب ، بأن إستطاع صاحب العمل إثبات أن الإضراب كان غير متوقع ، ومستحيل الدفع ، وخارجاً عن نشاطه . بحيث جعل تنفيذه لإلتزامه بتقديم العمل للعامل غير المضرب مستحيلاً ، ففي هذه الحالة يعفى من دين الأجر (٥٦) .

(51) Durand et Vitu, op. cit. P. 878 et s .

- Brun et Galland, op. cit. P. 483 et s

- Sinay et Javillier, op. cit. P. 339 et s

(52) Sinay et Javillier, op. cit. P. 339 .

(53) Cass. Soc. 4 Janv. 1978, J. C. P 1978, son, P. 76

(54) Cass. Soc. 25 Janv. 1978, Bull. V. P. 42 .

(55) Bold, " grève et Lock out dans les pays de la communauté charbon acier ", Luxembourg, 1961, P 123 et s .

(56) Cass. Soc., 18 mai 1953, dr. soc. 1953, P. 544 .

- Cass. Soc. 28 oct, 1957, Bull. IV. P. 723

- Trib. com. Seine 2 Juin 1947, dr. soc.

1948, P. 209

- Cass. Soc. 6 oct. 1971, J. C. P. 1973. 11. 17323 .

ويلاحظ أن مايتلقاه العامل في الفرضين سواء كل أو نصف الأجر ، ليس أجراً بالمعنى الدقيق لأن الأجر ، لا يكون إلا مقابل العمل الفعلي ، بل هو تعويض عن الأجر^(٥٧) يستهدف به المشرع العمالي نجدة العامل غير المضرب بقدر الإمكان في أحوال عطل العمل بسبب الإضراب ، بالإبقاء على ما يعادل أجره ، لما لهذا العوض من صفة حيوية بالنسبة لمعيشته وحياته^(٥٨) .

ملحق

مشروع قانون تنظيم حق العمال في

الإضراب في مصر

حسب الصياغة المناسبة في رأي الباحثة

قانون رقم لسنة ١٩٩٠

بتنظيم حق الإضراب

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الإطلاع على المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بإبرام المعاهدات والتصديق عليها ونفاذها .

وبعد الإطلاع على القرار الجمهوري ٥٣٧/١٩٨١ بالتصديق على « الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية » في مصر .

وبعد الإطلاع على القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٨٣ بإلغاء القرار الجمهوري رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين .

(٥٧) الدكتور السيد عبد نابل ، المرجع السابق ص ١٩١ .

(٥٨) المستشار عدلى خليل فى التطبيق على نصوم قانون العمل ص ١٨٣

(٢٣)-٢- أثر الإضراب فى علاقة صاحب العمل بغير

المضربين فى القانون العمل المصري :

تنص المادة ٣٦ عمل على أنه :

١- إذا حضر العامل إلى مقر عمله ، فى الوقت المحدد للعمل ، وكان مستعداً لمباشرة العمل وحالت دون ذلك أسباب ترجع إلى صاحب العمل أعتبر كأنه أدى عمله فعلاً ، وإستحق أجره كاملاً

٢- أما إذا حضر وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهريه خارجة عن إرادة صاحب العمل ، إستحق نصف أخره .

وبين من هذه المادة أنه يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول : يكون فيه المنع عن العمل بسبب راجع إلى صاحب العمل ، ويعنى آخر أن يتسبب صاحب العمل بسلوكه فى منع العامل من القيام بعمله ، رغم حضوره إلى مقر العمل فى الوقت المحدد وإستعداده لمباشرة . فى هذا الفرض يستحق العامل أجره كاملاً وتطبيقاً لذلك إذا كان سبب منع العامل من عمله ، قيام باقي العمال أو معظمهم بإضراب لعدم تنفيذ صاحب العمل لإلتزاماته أو رفضه تحسين ظروف العمل ، فإن العامل يستحق أجره كاملاً (المادة ٦٩٢ مدنى) .

الفرض الثانى : يكون فيه المنع عن العمل بسبب خارج عن صاحب العمل ، ويعنى آخر أن يكون سبب منع العامل - رغم حضوره إلى مكان العمل - من عمله يرجع إلى وجود حالة قوة القاهرة ، فإن العامل يستحق نصف أجره . وتطبيقاً لذلك إذا إستطاع صاحب العمل أن يثبت توافر شروط القوة القاهرة فى الإضراب ، فإنه لا يعنى نهائياً من دفع أجر العامل غير المضرب ، بل يلتزم بدفع نصف الأجر .

الفصل الثاني الأحكام الموضوعية

المادة (٤) : يقصد بالتوقف عن العمل إنقطاع العمال عن الذهاب إلى العمل ، وعدم تنفيذ الأعمال العادية للمتزمين بها ، أياً كان مصدر هذا الإلتزام . وينظم القانون شكل الإضراب ، مدة الإضراب ، بدء تنفيذه الإضراب ، تعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه .

المادة (٥) : يقصد بالتوقف الجماعي التوقف الذي تختص النقابات العمالية العامة بتنظيمه وإعلانه ، بشرط موافقة نسبة ٧٥٪ من عدد أعضاء النقابة العمالية العامة .

المادة (٦) : يقصد بنية الإضراب إنصراف قصد العمال إلى التوقف عن أداء الأعمال للمتزمين بها ، إضراراً بصاحب العمل .

المادة (٧) : يقصد بتدبير الإضراب الإتفاق السابق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ، على النحو الذي ينظمه القانون .

المادة (٨) : يقصد بالمطالب المهنية أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال .

المادة (٩) : يحظر الإضراب على رجال القوات المسلحة ، والشرطة ، والقضاء ، والموظفين العموميين ، والمستخدمين العموميين ، والعمال الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة في المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ، سواء في الحكومة أو إدارات الحكم المحلي في المحافظات والمدن والقرى .

وبعد الإطلاع على القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل .

وبعد موافقة مجلس الشعب على القانون الآتي ، فقد أصدرناه :

المادة (١) : يعمل بأحكام قانون تنظيم حق الإضراب المرافق لهذا القانون .

المادة (٢) : تلغى المواد ١٢٤ و ١٢٤ (أ) و ١٢٤ (ب) و ١٢٤ (ج) و ٣٧٥ و ٣٧٥ من قانون العقوبات . كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق . ويصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية في ... سنة ١٤٠٠ هـ ،
والموافق ... سنة ١٩٠٠٠ م .

الفصل الأول أحكام عامة

المادة (١) : الإضراب هو حق دستوري للعمال ، يعني التوقف عن العمل ، توقفاً جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتدبيرهم ويقصد تأييد مطالبهم العمالية في نزاع معين يتعلق بمصالح مهنية معينة .

المادة (٢) : يسمح بالإضراب إذا توافرت عناصره الأساسية المادية والمعنوية : التوقف عن العمل ، التوقف الجماعي ، نية الإضراب ، تدبير الإضراب ، المطالب المهنية ، مع مراعاة القيود الواردة بالقانون .

المادة (٣) : لا يخل الإضراب بحقوق العمال ، سواء في علاقة صاحب العمل بالعمال المضربين أو غير المضربين .

الفصل الثالث

الأحكام الإجرائية

المادة (١٠) : يتخذ شكل الإضراب المباح الإضراب العادي الذي يتخذ صورة الإضراب أو التوقف الكامل عن العمل أو الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة .

المادة (١١) : مدة الإضراب تتولى تحديدها النقابة العمالية العامة ، بعد الإعلان عنه مسبقاً بأسبوعين على الأقل .

المادة (١٢) : بدء تنفيذ الإضراب يكون عن طريق النقابة العمالية العامة ، بعد إستنفاد طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

المادة (١٣) : تعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه تختص به النقابة العمالية العامة ، وتتكون اللجنة من عضو عن كل قسم من أقسام المشروع ، ولا يقل عدد أعضائها عن خمسة ، وتنتخب من بينها رئيساً يرأسها ويتحدث باسمها خلال مراحل الإضراب .

وتختص اللجنة بإصدار أوامرها إلى أعضائها ، سواء بإستكمال مدة الإضراب ، أو بإنهائه حسب مساعي التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون تنظيم حق العمال في الإضراب

في مصر حسب الصياغة المناسبة

في رأى الباحثة

تمهيد

نظم المشروع حق العمال في الإضراب في مصر في ثلاثة فصول تكلم في الفصل الأول عن الأحكام العامة

في ثلاث مواد ، وتكلم في الفصل الثاني عن الأحكام الموضوعية في ست مواد ، وتكلم في الفصل الثالث عن الأحكام الإجرائية .

مشروعية حق الإضراب :

وقد اعترف المشرع بحق العمال في الإضراب في مصر ، بل اعتبره من الحقوق الدستورية التي لا يجوز حرمان أي شعب منها ، تحت أية حجة أباً كانت ، لأن المعروف إن الكبت يولد الإنفجار ، ويزيد الشعور بالتضامن بين العمال ، الذي يدفعهم إلى الإنحداد والتكتل من أجل الدفاع عن مصالحهم ، وإنزعاج حقوقهم من أصحاب الأعمال ، ومن هنا كان الإضراب هو السلاح الفعال في أيدي الطبقة العاملة ، الذي تستخدمه للضغط على أصحاب الأعمال لإجبارهم على تحقيق المطالب المهنية .

ذلك أنه من الأفضل الإعتراف بحق الإضراب وتنظيمه من الناحية التشريعية ، بدلاً من الإصرار على تحريمه ، مع قيام مخاطر الإنفجار التي قد تؤدي إلى تحطيم وسائل الإنتاج بدلاً من زيادة الإنتاج .

ثم أن الحجة التي تستند إليها الأنظمة العسكرية ، الدكتاتورية في إنكار حق الإضراب ، وهي عدم بلوغ شعورهم درجة من الوعي والنضج تؤهلها لممارسة حق الإضراب بطريقة مشروعة . هذه الحجة مزيفة هدفها الأساسي تهريب الدكتاتور لنفسه أنه هو الوحيد المؤهل لممارسة كل الحقوق ، وحرمان الشعب من ممارسة حقوقه بدلاً من العمل على الإرتقاء بشعبه .

التطور التاريخي للإضراب في مصر :

١ - قبل سنة ١٩٢٣ لم يكن الإضراب مجزماً في مصر ، بل كان يعد إحدى الحريات العامة . ولا غرابة في ذلك ، لأن إعجاز الحضارة المصرية القديمة لا يقتصر على السر الخفي وراء القواعد

٥ - وفي سنة ١٩٥١ صدر القانون ١٩٥١/٢٤

بتشديد العقوبات الواردة في نصوص الإضراب في قانون العقوبات ، وهي ١٢٤ ، ١٢٤ مكرراً (أ) و ١٢٤ مكرراً (ج) ، ٣٧٥ و ٣٧٤ . وكذلك تحريم نشر أخبار الإضراب ولو كانت صحيحة ، سواء كان الإضراب كلياً أو جزئياً ، صريحاً أو ضمنياً ، وهو ما يطلق عليه الإضراب بالقطارة ، وتحريم التحريض على الإضراب والإعتداء على حرية العمل .

٦ - وفي سنة ١٩٥٢ صدر القانون ١٩٥٢/٣١٨ في شأن التوفيق والتحكيم ، ومن بعده قانون العمل الموحد ١٩٥٩/٩١ ، اللذان نصا على حظر إضراب العمال ، أو الإمتناع عن العمل كلياً أو جزئياً ، إذا ما قدم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، أو أثناء السير في إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

٧ - وفي سنة ١٩٧٧ ، صدر القرار الجمهوري بالقانون ١٩٧٧/٢ بشأن الحفاظ على سلامة الوطن وحماية أمن المواطنين ، وقد تضمن هذا القانون حظر الإضراب بصفة عامة ، إذا كان من شأنه تهديد الإقتصاد القومي ، وجعل عقوبة الإضراب الأشغال الشاقة المؤبدة .

٨ - وفي سنة ١٩٨١ صدر قانون العمل ١٩٨١/١٣٧ ، وجاء خالياً من أي نص على حق الإضراب المشروع ، لا قبل تقديم طلب التوفيق أمام لجنة التوفيق ، ولا أثناء السير في إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

٩ - وفي سنة ١٩٨٢ تم الشكل القانوني لمرحلة إباحة حق العمال في الإضراب في مصر ، الذي نصت عليه « الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية » ، تلك المرحلة التي مرت بالتطورات الآتية :

الهندسية الفنية التي عرفها وإستخدامها المصريون القديما في رقع وبناء الأهرامات ، بل يمتد هذا الإعجاز إلى أنه كان يوجد وعي إجتماعي لدى العامل المصري في ذلك الوقت ، تمثل في أن مصر عرفت أول إضراب في التاريخ الإنساني في عصر رمسيس الثالث .

٢ - وفي سنة ١٩٢٣ صدر القانون ١٩٢٣/٣٧ بإضافة المادتين ١٠٨ و ٣٢٧ مكررين إلى قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٠٤ ، وقد حرمت المادة الأولى الإضراب على الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين الذين يشتغلون بأية صفة كانت في خدمة الحكومة أو في خدمة سلطة من سلطات الأقاليم أو السلطات البلدية والمحلية وعاقبت المضربين بالخمس مدة لا تتجاوز ستة شهور أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وحرمت المادة الثانية الإضراب على المستخدمين والأجراء التابعين لمصلحة خاصة حاصلة على إمتياز بإدارة عمل من الأعمال ذات المنفعة العامة ، وعاقبت المضربين بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً .

٣ - وفي سنة ١٩٤٦ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ بتعديل المادتين ١٠٨ ، ٣٢٧ و ١٢٤ و ٣٧٤ عقوبات . كما أضاف المرسوم ثلاث مواد جديدة بأرقام ١٢٤ مكرراً (أ) ، ١٢٤ مكرراً (ب) ، ١٢٤ مكرراً (ج) . وقد جاء هذا المرسوم أكثر تشدداً من القانون ١٩٢٣/٣٧ .

٤ - وفي سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بقانون ١٩٤٨/١٠٥ ، الذي جاء أكثر تشدداً من المرسوم بقانون ١٩٤٦/١١٦ ، فحصر الإضراب - بالإضافة إلى الموظفين العموميين الذين يعملون في خدمة الحكومة ، والمستخدمين والعمال الذين يعملون في المرافق العامة - على الطوائف الأخرى من العاملين بالقطاع الخاص .

منعه عن العمل بسبب راجع إلى صاحب العمل كما يستحق تعويضاً يعادل نصف أجره إذا كان المنع عن العمل بسبب خارج عن صاحب العمل على النحو الذى نظمته المادة ٣٦ من قانون العمل ١٣٧/١٩٨١.

المادة الرابعة :

بين المشروع فى المادة الرابعة المقصود بالعنصر الأساسى الأول وهو التوقف عن العمل ، حيث يعتبر العنصر الجوهري للإضراب ، ويتمثل أساساً فى إنقطاع العمال عن الذهاب الى العمل ، ومن ثم عدم تنفيذ الأعمال العادية للمتزمين بأدائها ، وذلك أياً كان مصدر هذا الإلزام ، سواء كان عقداً فردياً أو جماعياً أو نصاً قانونياً أو لائحة داخلية ، أما إذا إمتنع العمال عن أداء عمل غير ملتزمين أصلاً بأدائه مثل العمل ساعات إضافية غير ملزمة ، أو التوقف عن العمل برضاء صاحب العمل الصريح أو الضمنى ، أو التوقف عن العمل فى أوقات جرت العادة فيها على ذلك ، فلا يعتبر الإمتناع أو التوقف فى هذه الحالات الشلات إضراباً .

وأضافت المادة إلى تدخل القانون بتنظيم شكل الإضراب ، ومدة الإضراب ، وبدء تنفيذ الإضراب ، وتعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه ، وذلك على النحو التالى فى الفصل الثالث الخاص بالأحكام الإجرائية .

المادة الخامسة :

بين المشروع فى المادة الخامسة المقصود بالعنصر الأساسى المادى الثانى وهو التوقف الجماعى ، فالإمتناع الجماعى عن العمل هو الذى يشكل الإضراب ذلك أنه إذا إمتنع أحد العمال عن العمل ، فإن هذا الإمتناع الفردى يعد خطأ جسيماً يبرر فصله (المادة ٥/٦١ قانون العمل ١٣٧/١٩٨١) .

ويصبح التوقف عن العمل جماعياً من خلال معيارين : الأول عضوى والثانى عددى . وطبقاً

ففى ١٦/١٢/١٩٦٦ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإتفاقية .

وفى ٤/٨/١٩٦٧ وقعت مصر على الإتفاقية ، ولكنها لم تصدق عليها .

وفى ١/١٠/١٩٨١ صدر القرار الجمهورى ٥٣٧/١٩٨١ بالموافقة على الإتفاقية .

وفى ٨/٤/١٩٨٢ نشرت الإتفاقية بالجريدة الرسمية .

المادة الاولى :

عرف المشروع الإضراب فى المادة الأولى نظراً لاختلاف وكثرة تعريفاته فى القانون المقارن والمصرى . وقد بدأ التعريف بتأكيد الصفة الدستورية لحق العمال فى الإضراب فى مصر ، ثم أورد تعريفاً جامعاً لكافة العناصر الأساسية المادية والمعنوية للإضراب ، بقوله أنه يعنى التوقف عن العمل ، توقفاً جماعياً بصفة مؤقتة ، بإرادة العمال ، وتدبيرهم ، بقصد تأييد مطالبهم العمالية فى نزاع معين يتعلق بمصالح مهنة معينة .

المادة الثانية :

فصل المشروع فى المادة الثانية التعريف الجامع للإضراب السالف إيراد فى المادة الأولى ، فبين عنصريه الأساسيين الماديين وهما التوقف عن العمل ، والتوقف الجماعى . ثم بين عناصره الأساسية المعنوية وهى نية الإضراب وتدبير الإضراب والمطالب المهنية ، مع مراعاة القيود الواردة بالقانون على النحو التالى فى المادة التاسعة .

المادة الثالثة :

نص المشروع فى المادة الثالثة على عدم إخلال الإضراب بحقوق العمال ، سواء فى علاقة صاحب العمل بالعمال المضربين أو غير المضربين ، حيث يستحق العامل غير المضرب تعويضاً يعادل كامل أجره إذا كان

ويكون الإضراب مديبر في حالتين :

الحالة الأولى : الإتفاق السابق على الإضراب أى الإتفاق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه . ويتم هذا الإتفاق فيما بين العمال بأى طريقة ينظمها القانون أو عقد العمل الجماعى ، سواء عن طريق التصويت فيما بين العمال ، أو عن طريق النقابة العمالية العامة .

والحالة الثانية : تلاقي النوايا أى تلاقي نوايا العمال حول الإضراب ، بمعنى أن يكون كل منهم قد توقف عن العمل بقصد الإضراب لتحقيق ذات الهدف ، أما إذا اختلف سبب التوقف من عامل إلى آخر ، فلا يكون هناك إضراباً ، رغم حصوله بطريقة جماعية .

وقد أخذ المشروع بالطريقة الأولى على النحو السالف فى المادة الخامسة .

المادة الثامنة :

يُبين المشروع فى المادة الثامنة منه المقصود بالعنصر الأساسى المعنوى الثالث ، وهو المطالب المهنية ، أى أن يكون الباعث على الإضراب تحقيق مطالب مهنية ، رفض صاحب العمل منحها للعمال ، أما إذا امتنع العمال عن العمل بطريقة جماعية ، دون أن تكون لهم مطالب يهدفون إلى تحقيقها ، فلا يكون هناك إضراباً ، مثل ترك جماعة من العمال عملهم بقصد المشاركة فى مهرجان رياضى أو إحتفال عام .

ويشترط لجسدية هذا العنصر توافر ثلاثة شروط هى :

١ - ضرورة التحديد السابق للمطالب المهنية ، فقد يقوم صاحب العمل بتحقيقها إذا علم بها ، مما يؤدى إلى تجنب اللجوء إلى الإضراب .

٢ - إشتمال المطالب المهنية على كل ما يتعلق بمصالح العمال ، سواء نشأت هذه المصالح عن عقد

للمعيار العضوى تختص النقابات العمالية فقط بتنظيم وإعلان الإضراب ، أما الإضراب الذى يتم عن طريق العمال وحدهم فيعد إضراباً فوضوياً غير مشروع ، وطبقاً للمعيار العددي يكفى إمتناع عدد من العمال عن العمل حتى يشكل هذا الإمتناع ، سواء كان هؤلاء العمال فى شكل نقابة عمالية ، أم كانوا مجموعة واقعية ، وقد أخذ المشروع بالمعيارين معاً ، فاعتد بالتوقف الذى تختص النقابات العمالية العامة بتنظيمه وإعلانه ، بشرط موافقة نسبة ٧٥٪ من عدد أعضاء النقابة العمالية العامة .

المادة السادسة :

يُبين المشروع فى المادة السادسة المقصود بالعنصر الأساسى المعنوى الأول وهو نية الإضراب ، أى إنصراف قصد العمال إلى خرق شروط عقد العمل ، عن طريق التوقف عن أداء الأعمال الملزمين بأدائها ، وذلك إضراراً بصاحب العمل .

ولكن لا يعد العمال فى حالة إضراب فى حالات أخرى ، مثل إمتناع العمال عن عمل غير ملتزمين به ، أو التوقف عن العمل رضا صاحب العمل الصريح أو الضمنى ، أو إمتناع العمال عن العمل عدة أيام لإعتقادهم أنها أجازة ، أو إمتناع العمال عن العمل لوجود قوة قاهرة ، إذ يعفون من أداء إلتزاماتهم التى أصبحت مستحيلة ، وفى هذه الحالة لا يكون لدى العمال نية الخروج على الشروط التعاقدية .

المادة السابعة :

يُبين المشروع فى المادة السابعة المقصود بالعنصر الأساسى المعنوى الثانى وهو تدبير الإضراب ، أى الإتفاق السابق فيما بين العمال على الإضراب قبل إعلانه ، فلا يكون التوقف عن العمل بطريقة جماعية مجرد تزامن لحالات إمتناع فردية لأسباب متباينة .

والإضراب المفاجيء حيث يتوقف العمل فى المنشأة فجأة دون إعلان مسبق .

كذلك أعرض المشروع عن الصور المختلفة لأشكال الإضراب غير العادى مثل : إضراب الإنتاج ويسمى الإضراب بالقطارة حيث يبطئ معدل الإنتاج دون توقف العمل .

المادة الحادية عشر :

ترك المشروع فى المادة الحادية عشر للنقابة العمالية العامة تحديد مدة الإضراب ، ولكنه اشترط الإعلان عنه مسبقاً بأسبوعين على الأقل ، وذلك بعد أن أعرض عن الأخذ بصورة الإضراب المفاجيء ، الذى رأينا أنه يتم تنفيذه فجأة دون إعلان مسبق ، والذى تظهر خطورته فى المرافق العامة بصفة خاصة .

المادة الثانية عشر :

عهد المشروع فى المادة الثانية عشر للنقابة العمالية العامة لتحديد بدء تنفيذ الإضراب ، وذلك بعد إستنفاد طرق التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع ، أى بعد إنتهاء إجراءات التوفيق أمام لجنة التوفيق ، وإجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم .

المادة الثالثة عشر :

عهد المشروع فى المادة الثالثة عشر للنقابة العمالية العامة - الإختصاص بتعيين لجنة الإضراب المشرفة على تنفيذه ، بحيث تتكون هذه اللجنة من عضو عن كل قسم من أقسام المنشأة ، ولا يقل عدد أعضائها عن خمسة ، وتنتخب من بينها رئيساً يمثلها ويتحدث باسمها خلال مراحل الإضراب . ولم يشأ المشروع التوسعة فى عدد أعضاء اللجنة لتقليل أوجه الخلاف بينها .

وتختص اللجنة بإصدار أوامرها إلى أعضائها ، سواء بإستكمال مدة الإضراب أو إنهائه قبل مدته حسب مساعى التسوية السلمية لمنازعات العمل مع صاحب العمل أو أصحاب الأعمال المعنيين بالنزاع .

العمل أو لمجرد الرغبة فى تحسين ظروف العمل بصفة عامة .

٣ - تعلق المطالب بالإضراب المهنى : أى بالمطالب المهنية أو الإجتماعية ، دون البواعث الأخرى مثل الإضراب السياسى .

المادة التاسعة :

أورد المشروع فى المادة التاسعة قيداً عاماً من قيود الإضراب ، فنص صراحة على حظر الإضراب على بعض فئات الشعب . وقد جاء هذا الحظر على سبيل الحصر ، وهذه الفئات هى : رجال القوات المسلحة بأفرعها الأربعة الجيش والدفاع الجوى والطيران والبحرية والعاملين المدنيين بها ، رجال الشرطة والحفر العموميين رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة وقضايا الدولة ، والنيابة الإدارية ، الموظفين العموميين والمستخدمين العموميين ، والعمال الذين يقومون بخدمة عامة أو بالخدمة فى المرافق العامة أو بعمل يسد حاجة عامة ، سواء فى الحكومة أو إدارات الحكم المحلى فى المحافظات والمدن والقرى .

المادة العاشرة :

حدد المشروع فى المادة العاشرة شكل الإضراب الذى أباحه ، فإختار الإضراب العادى الذى يتخذ صورة الإضراب أو التوقف الكامل عن العمل ، أو الإمتناع عن الذهاب إلى مكان العمل مدة معينة .

وقد أعرض المشروع بذلك عن الصور الأخرى لأشكال الإضراب العادى مثل : الإضراب الدائرى حيث يتوقف العمل فى أحد أقسام المنشأة ، ويستمر العمل فى باقى أقسام المنشأة ، ثم يتوقف العمل فى القسم الأول ، ويستمر فى القسم الثانى وهكذا - والإضراب القصير المتكرر حيث يتوقف العمل فترة قصيرة ، ثم يستأنف فترة أخرى ، ثم يتوقف من جديد وهكذا - والإضراب الجزئى حيث يتوقف بعض عمال المنشأة - فقط عن العمل ، مع إستمرار الباقين فى عملهم -

**التزام البنك
بالمحافظة على
سرية الحسابات**

المسيد الأستاذ / لطفى يوسف عبد الحليم
المحاسب ببنك القاهرة

مقدمة

الناشئة عن إخلال البنك أو أحد موظفيه بسرية حسابات العملاء وترد في بيان المسؤولية ذلك المدنية والجنائية المترتبة على الإخلال بالمحافظة على سرية حسابات العملاء .

ونأمل من العلى القدير أن يوفقنا حيث إننا استهدفتنا من هذا البحث التبصير بأحكام هذا القانون ولاسيما للعاملين في الحقل المصرفى حتى لا يقعوا تحت طائلة هذا القانون البسيط فى مواده والوخيم فى عواقبه .

الباب الأول

محل إلزام البنك بسرية حسابات العميل

لما كانت كافة المعاملات المتعلقة بالحسابات المصرفية على اختلاف أنواعها من أدق أسرار عملاء البنوك ، ولذلك سوف توضع فى هذا الباب على مدار فصلين الأول نبين فيه نطاق الإلتزام بالسرية من حيث الحسابات وأنواعها والمعاملات المتعلقة بها ، وفى الفصل الثانى نبين فيه الأشخاص المنوط بهم القيام بهذا الإلتزام .

الفصل الأول

نطاق الإلتزام بالسرية

عندما تقوم البنوك بوظيفتها المصرفية والبنكية وذلك على سبيل الإحتراف فإنها تجذب أنواع مختلفة من عملائها الذين يتعاملون معها فى كافة الأعمال المصرفية سواء كانت حسابات جارية أو ودائع نقدية أو صكوك أو خزائن حديدية أو إعتمادات مستندية أو خطابات ضمان والأعمال المصرفية الأخرى فإنها تطلع على أدق أسرار عملائها الخاصة سواء كانت مالية أو خلافة ، ولذلك يقع على البنوك الإلتزام بالمحافظة على سرية الحسابات والمعاملات وعدم إقشاتها للغير سواء

بمناسبة قيام البنوك بوظيفتها وأعمالها المتعلقة بالحسابات المصرفية على اختلاف أنواعها سواء كانت ودائع نقدية أو صكوك أو حسابات جارية أو خزائن حديدية فإنها تقف على أدق أسرار عملائها المالية بل والخاصة أحياناً وبذلك تعتبر البنوك أمناً على هذه الأسرار بحكم الضرورة وعليه يقع عليها إلتزام بضرورة كتمان هذه الأسرار وعدم إفشائها .

وهذا الإلتزام الملقى على عاتق البنوك يكون البنك محالاً للمسائلة إذا خالفه والأساس القانونى لإلتزام البنك بالسرية يكمن فى العرف المصرفى وطبيعة التعامل وفى العقود المصرفية التى تعقدها البنوك مع عملائها .

ولما كان لهذا الإلتزام أهمية من الناحية العملية إذ يعطى نوع من الثقة للبنوك ويشجع عملاء البنوك على التعامل معها فضلاً عن إن الإلتزام البنوك بالسرية فى الحسابات والمعاملات يؤدى إلى جذب رؤوس الأموال واستثمارها وبالتالي يمكن البنوك من القيام بوظيفتها الاقتصادية والتجارية أياً كان النظام الاقتصادى الذى تنتهجه الدولة .

وتقديراً من المشرع المصرى لأهمية إلتزام البنوك بالمحافظة على سرية الحسابات فقد حذا بعض التشريعات الاجنبية فأصدر القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك .

ونظراً لأن هذا القانون ما زال بكراً فلم تتناولوه الأعلام بالشرح والتفصيل ولذلك سوف ينصب بحثنا على هذا القانون بالبحث والتفصيل حيث نتناول فى الباب الأول محل إلتزام البنك بسرية الحسابات والأشخاص الملزمون بالمحافظة على هذا السر ... وفى الباب الثانى الاستثناءات التى ترد على هذا الإلتزام ... وثم نوضح الأساس القانونى لدعوى المسئولية

وبذلك فإن الحسابات بأنواعها والودائع والخزائن الحديدية تعتبر في ذاتها سرّاً لدى البنك يلتزم بعدم إقسانها إلا للعميل أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً أو أحد ورثة العميل أو الموصي لهم بعد وفاته وبناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين .

ولكي يحدّ المشرع المصري في القرار بالقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ من حالات إفشاء أسرار العملاء فقد أخذ المشرع المصري في المادة الثانية من القرار بقانون سالف الذكر بنظام الحسابات المرقمة للحسابات المفتوحة لدى البنوك بالنقد الأجنبي وذلك كله بقصد التقليل من حالات إفشاء أسرار العملاء وتداولها في المعاملات داخل البنك لعامة الموظفين ومراقبي حسابات البنوك وموظفي البنك المركزي ووزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية بمناسبة قيامهم بعملهم أو قيامهم بدورهم الرقابي على البنوك . ولذلك نص المشرع المصري في المادة الثانية من القرار بقانون سالف الذكر على أن :-

« للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع منها أو قبولها ودائع مرقمة بالنقد المذكور ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسئولين بالبنك الذين يصدر بتحديد قرار من مجلس إدارته » .

يضع وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية بعد الاتفاق مع محافظ البنك المركزي المصري الشروط والأوضاع الواجب توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع ويحدد مجلس إدارة البنك المركزي المصري البنوك التي يرضخ لها بفتح الحسابات وقبول الودائع المذكورة .

بالنشر أو الإعلان أو إبلاغ الغير بها بأي طريقة كانت . وإلا كان البنك مسئول في مواجهة عميله نتيجة إخلاله بالإلتزام بالمحافظة على سرية حساباته وودائعه وهذا الإلتزام الذي فرضته طبيعة المعاملات مع البنوك والعرف المصرفي والذي تطور لكي يلزم البنوك في صورة تشريع مكتوب .

ولذلك سوف نوضح في هذا الفصل نطاق هذا الإلتزام في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

الحسابات والودائع والأمانات والخزائن

نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠^(١) على أن :-

« تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنتهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ، ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم ، بكل أو بعض هذه الأموال ، أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين » .

ونفاذاً لنص المادة الأولى بفقرتها الأولى من القانون سالف الذكر ، فقد وضعت محل الإلتزام بالسرية الذي يقع على عاتق البنك بمناسبة فتح أي حساب من الحسابات أياً كان نوعه سواء كان حساب بضمانات عينية أو بضمانات شخصية أو بدون ضمان . أو جاري مدّين أو دائن ، وكذا الإلتزام بالسرية في واقعة عقد وديعة مع البنك سواء كانت قصيرة الأجل أو طويلة الأجل وأياً كانت الوديعة تقوّد أو أوراق ثمينة أو صكوك لها قيمة ، كذلك خزائن العملاء لدى البنوك يلتزم بعدم إعطاء أي بيانات للغير عنها سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر .

(١) نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٣٩ مكرّر أ في ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٠ .

توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع المرقمة بالعملة الأجنبية . علاوة على أن مجلس إدارة البنك المركزي يحدد البنوك التي يرخّص لها بفتح الحسابات المرقمة أو قبول الودائع بالعملة الأجنبية المذكورة .

ونظام الحسابات المرقمة مأخوذ به في دول أجنبية وعربية ، ومن الدول العربية التي أخذت به لبنان في قانون سرية المصارف ^(١) في مادته الثالثة التي نصت على أن : -

« يحق للمصارف المشار إليها في المادة الأولى أن تفتح لزيائنها حسابات أو ودائع مرقمة لا يعرف أصحابها غير المدير القائم على إدارة المصرف أو وكيله ولا تعلن هوية صاحب الحساب المرقم إلا بإذنه الخطي أو بإذن ورثته أو الموصي لهم أو إذا أعلن إفلاسه أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزيائنها ويحق أيضاً لهذه المصارف أن توجّر خزائن حديدية تحت أرقام بالشروط ذاتها » . . .

وبالتالي فقد اعتبر القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٥ فتح الحسابات المرقمة أو الغير مرقمة والودائع وإستئجار الخزائن الحديدية لدى البنوك سرية ومنع الإباحة بها أو إنشاء أسماء العملاء فاحشي أو عقادي هذه المعاملات مع البنك وقد رتب على مخالفة نص المادتين الأولى والثانية من القانون سالف الذكر عقوبة جنائية منصوص عليها في المادة السابعة من هذا القانون . حيث أن مفادها أن من يخالف أحكام هاتين المادتين يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحسابات أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي .

ويسري الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

وبذلك حاول المشرع المصري في المادة الثانية من القانون ١٩٩٠/٢٥ التقليل من حالات إفشاء أسرار العملاء وذلك بأخذه بنظام الحسابات المرقمة وكذلك نظام الودائع المرقمة بحيث يرمز إلى الشخص صاحب الحساب برقم حسابي معين أو حرف معين . ولا يعرف صاحب الحساب إلا أشخاص معينين من البنك وفي الغالب ما يكونون من قيادات البنك كالمديرين العموم أو أعضاء مجالس الإدارات وذلك بقصد التقليل من فرصة إنتشار أسماء العملاء ومعرفة أسرارهم .

وقد قصرت المادة الثانية من القرارات بقانون سالف الذكر فتح الحسابات والودائع المرقمة على الحسابات الحرة بالنقد الأجنبي فقط دون الحسابات بالجنيه المصري .

وفي رأينا أن هذه تفرقة لا مبرر لها سوى رغبة المشرع في جذب الإيداعات بالعملة الحرة الأجنبية . وكان ينبغي على المشرع ألا يفرق بين الحسابات بالمصري وبالعملة الأجنبية ويترك فتح الحسابات أو الودائع المرقمة لرغبة العميل نفسه . فإذا رغب فتح حساب بإسمه الشخصي أو في فتح حساب برقم أو بحرف يرمز به إليه .

أما كيفية التعامل في الحسابات والودائع المرقمة فإن وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية بعد الإتفاق مع محافظ البنك المركزي يضع الشروط والأوضاع الواجب

(١) صدر القانون رقم ١٩٥٦/٩/٣ ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٦/٩/٥ العدد ٣٦ .

المبحث الثاني

المعاملات المتعلقة بالحسابات والودائع والأمانات والخزائن

لا تقتصر السرية المطلوب إلزام البنك بها على عمليات فتح الحسابات والودائع وتأجير الخزائن الحديدية فقط كما وضعنا ذلك في المبحث الأول بل تمتد السرية لتشمل المعاملات المتعلقة بالحسابات المصرفية بكافة أنواعها وسواء كانت إسمية أو مرقمة وكذلك المعاملات المتعلقة بالودائع النقدية وشهادات الإيداع والصكوك والأسهم وخلافه .

فيحرم على البنك أن يطلع أو ينشر أو يعطي أي بيانات للغير عن أي حسابات أو ودائع أو خزائن بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بموافقة العميل الكتابية على ذلك أو موافقة أحد ورثته أو أي من الموصي لهم بكل أو بعض الأموال أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً وبناء على حكم قضائي أو حكم محكمين ويسري هذا الحظر على جميع الأشخاص والجهات التي كان يخولها القانون من قبل الإطلاع أو الحصول على بيانات أو أوراق عن حسابات العملاء وبذلك يكون المشرع قد حظر إعطاء أي بيانات أو إطلاع أي من الأشخاص أو الجهات التي كان يخولها القانون حق الإطلاع لمعرفة أي بيانات مثل مندوبي الضرائب أو جهات الأمن أو أي أجهزة رقابية أو خبراء وزارة العدل إلا إذا كان لديهم حكم مصرح لهم فيه الإطلاع على حسابات العميل وموضع فيه مهمتهم وذلك على النحو الذي سوف نوضحه فيما بعد .

وبذلك يحظر على البنك الإفاداة عن مقدار الحساب داتناً أو مديناً وكذلك بيان أي حركة في الحساب أو ماتم صرفه أو إيداعه في حسابات العميل أو بيان أي ضمانات عينية أو شخصية قدمها العميل للبنك وكذلك المعاملات التي تمت من وقت قديم . حيث يظل الحظر

قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب .

أما إذا كانت المعاملات محل نشر في الصحف أو النشرات الإقتصادية سواء كان ذلك برغبة أو موافقة العميل أو كشفها في نزاع قضائي بين البنك والعميل فلا تعتبر سراً ويجوز للبنك إفشائها ولا يلتزم بكتمتها . وقد جرم المشرع كذلك الإبداء بأي معاملات متعلقة بالحسابات أو الودائع ورتب عليها جزاء نص عليه في المادة السابعة من القانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ وجعل عقوبتها الحبس والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه .

المبحث الثالث

إلزام البنك بالسرية بعد قفل الحساب

لم يقصر المشرع الحظر الذي فرضه على البنوك على فتح الحسابات أو المعاملات المتعلقة بها . بل أكثر من ذلك فقد فرض المشرع على البنك أن يظل ملتزماً بكتمان أسرار عملائه وعدم إفشائها للغير ولو إنتهت علاقته مع العميل لأي سبب من الأسباب .

فقد نص المشرع في عجز المادة الثانية من المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ على أن : -

« ويظل هذا الحظر قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب » .

وبذلك يكون المشرع قد ألقى على عاتق البنك والعاملين به والمتصلين به بسبب وظائفهم أو طبيعة عملهم إلزام مؤبد بعدم إفشاء أسرار حسابات العملاء ابتداء من فتح الحساب إلى ما لا نهاية فهو إلزام مؤبد ملقى على عاتق البنك يمنعه من الإباحة أو إفشاء أي سر أو بيان من بيانات الحسابات أو الودائع التي كان قد فتحها أو عقدها العميل معه .

العملاء . بل أن المشرع لم يقصر الإلتزام بالمحافظة على أسرار العملاء على العاملين بالبنوك فقط بل أنه مد هذا الإلتزام إلى كل من يطلع بحكم مهنته ووظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات أو الحسابات أو المعلومات المتعلقة بعملاء البنوك وبذلك سوف نوضح على مدار مبحثين الإلتزام موظفي البنوك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء . في المبحث الأول وفي المبحث الثاني الإلتزام بالمحافظة من غير موظفي البنك .

المبحث الأول

الإلتزام موظفي البنوك بالمحافظة

على سرية الحسابات

تحظر المادة الخامسة من القرار بقانون ١٩٩٠/٢٠٥ سائلة الذكر على رؤساء مجالس وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء أو كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها أو تمكين الغير من الإطلاع عليها والحالات المرخض بها بمقتضى أحكام هذا ١٣٧ في غير القانون .

وطبقاً لهذه المادة فإنه يمتنع على موظفي البنوك أيّاً كانت وظائفهم وأيّاً كانوا رؤساء مجالس البنوك أو أعضاء مجالس إدارتها أو مديري البنوك أو العاملين بها سواء كانت وظائفهم غطية أو إشرافية أو حرفية . الإباحة بأي معلومات أو بيانات وصلت إلى علمهم بحكم وظيفتهم . كما يحرم عليهم إطلاع الغير على أي بيانات أو سجلات أو معلومات خاصة بالعملاء .

ولا يقتصر إلتزام موظف البنك بالكتمان على المعلومات التي علم بها أثناء تنفيذه للعمل المنوط به في البنك . بل يمتد ليشمل كل ما يصل إلى علم

وقد ذكر المشرع صراحة هذا الحظر وجعله قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين البنك والعميل لأي سبب من الأسباب سواء لقفط الحساب لإنتهاه مدته أو نتيجة إخلال العميل بأي شرط من شروط التعاقد مع البنك أو إذا رغب البنك في إنتهاه العلاقة مع العميل لأي سبب كان . أيّاً كانت أسباب إنتهاه المعاملات يمتنع على البنك إفشائها للغير مهما مضى من الزمن .

وإذا خالف البنك ذلك يقع تحت طائلة نص المادة السابعة سائلة الذكر الموضحة في المبحثين الأول والثاني إذا اعتبر المشرع إعطاء أي بيانات عن حساب تم إقفاله جريمة كما سبق وذلك ويكون المشرع قد فرض على البنوك الإلتزام بسرية حسابات وودائع العملاء وخزائهم ومعاملاتهم إبتداء من فتح الحساب أو بداية التعامل إلى الأبد .

الفصل الثاني

الأشخاص المتترمين بالسري

تنص المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ على أن :-

« يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها أو تمكين الغير من الإطلاع عليها في غير الحالات المرخض بها بمقتضى أحكام هذا القانون » .

ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

ومفاد نص المادة سائلة الذكر أن المشرع قد ألقى على عاتق العاملين بالبنوك أيّاً كانت درجاتهم ووظائفهم الإلتزام بعدم إنشاء أي بيانات عن حسابات

ولكن توجد بعض الأشخاص يمكن لهم الإطلاع على حسابات ومعاملات العملاء وذلك بحكم وظيفتهم أو مهنتهم سواء بطريق مباشر أو غير مباشر . .

ولذلك فقد نص المشرع في عجز المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥ على أن : -

« ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

كما نصت المادة الثالثة من ذات القانون (٢) على أن :-

« ويكون النائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العاملين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الدوائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها ، وإذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات » .

كما توجد بعض الأشخاص من غير موظفي البنك الذي يتعامل العميل معهم يحق لهم أو يمكن لهم بحكم وظيفتهم أو عملهم أو مهنتهم الإطلاع أو معرفة أي معلومات عن حسابات العملاء سواء بطريق مباشر أو غير مباشر مثال ذلك موظفي البنك المركزي أو موظفي وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية حيث أن القانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن قانون البنوك والإلتصان (٣) والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ (٤) حيث نص في المواد ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ بالإنزوم

(١) يراجع في ذلك القانون التجاري - عمليات البنوك للأستاذ الدكتور أبو زيد رضوان ، رضا السيد عبد الحميد ص ١١٩ .

(٢) معلقه بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والصادر في ١٨ يولييه سنة ١٩٩٢

(٣) منشور في الجريدة الرسمية في ١٣ يولييه سنة ١٩٥٧ العدد ٥٣

مكرر (ز) .

(٤) منشور بالجريدة الرسمية في ١٩٩٢/٧/٤ العدد (٢٣) تابع .

الموظف بمناسبة وظيفته ، بمعنى أنه لا إرتباط بين الإلتزام الموظف بالكتمان ومجال تخصصه داخل البنك . وذلك لوجود تداخل في الإختصاصات ، وإشتراك أكثر من إدارة في تنفيذ عملية مصرفية واحدة - فلو قصرنا إلتزام الموظف بالكتمان على المعلومات التي عرفها بسبب ممارسة تخصصه الدقيق داخل البنك فإن هذا الإلتزام سيفرغ مضمونه . . ولذلك فإن الإلتزام بالكتمان المصرفي يغلب عليه الطابع الجماعي (١) .

وبذلك قد ألقى المشرع على جميع موظفي البنك ابتداءً من رئيس مجلس إدارته مروراً بأعضاء مجلس الإدارة ومديري الفروع والموظفين بجميع مستوياتهم بما في ذلك عمال النظافة في البنك . وذلك حيث أن عمل البنوك يغلب عليه الطابع الجماعي حيث يقوم بقيد المبالغ سواء بالخصم من حساب العميل أو الإضافة أكثر من موظف وفي أكثر من سجل وتتداول إشعارات الخصم والإضافة في أكثر من يد ابتداءً من مدير الفرع حتى الساعي ، وبذلك يكون العمل جماعي ومن السهل على العامل في أي قسم من أقسام البنك المختلفة أن يعرف أو يتعرف على أي معاملة خاصة بأي عميل تفت في البنك والقول بفحير ذلك سيكون مبرر للإقتلات من الإلتزام بالمحافظة على سرية حسابات العملاء .

المبحث الثاني

إلزام غير موظفي البنوك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء

وضحنا في المبحث الأول أنه يتمتع على موظفي البنوك أياً كانت درجاتهم ابتداءً من أول السلم الوظيفي حتى رئيس مجلس إدارة البنك إفشاء أي سر من أسرار حسابات العملاء .

وكذا القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بشأن قانون البنوك والإئتمان حول موظفي البنك المركزي ووزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية وكذا مراقبي الحسابات حق الإطلاع على حسابات العملاء بحسب طبيعة وظيفتهم ومهنتهم .

كما حول القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبة مراقبي حسابات الجهاز المركزي حق الإطلاع على سجلات البنوك وحسابات العملاء وهم يصدر مراقبة البنوك في أعمالها .

وعليه يكون أمثال هؤلاء يمكن لهم معرفة بيانات عن حسابات العملاء ومعاملاتهم مع البنوك .

ولذلك فقد مد المشرع نطاق الخطر إليهم ومنعهم من إفشاء هذه الأسرار ووضع المشرع جزاء عليهم إذا أفشوا أي سر من أسرار العملاء والمتعلقة بحساباتهم بالإضافة إلى الرجوع بالتعويض عليهم وعلى الجهات التابعة لهم عاقب المشرع في المادة السابعة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥ كل من يخالف نص المادة الخامسة سواء من موظفي البنوك أو غيرهم مما يظلموا بحكم عملهم أو وظيفتهم على حسابات ومعاملات العملاء بعقوبة الحبس الوجوبي مع الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

الباب الثاني

الإستثناءات التي ترد على إلتزام البنك بسرية الحسابات

إلتزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات وبياناتها وما يرتبط بها ليس إلتزام مطلق وإنما توجد بعض الأسباب تعفي البنك من هذا الإلتزام . كما إذا

البنوك العاملة في مصر أن تقدم بيانات شهرية عن مراكزها المالية وكذا أي بيانات يطلبها البنك المركزي إليه وكذا موافاة البنك المذكور بأي إيضاحات أو بيانات يطلبها . وللبنك المركزي عند الإقتضاء وبعد موافقة وزير الإقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر للإطلاع على دفاتر البنك وسجلاته ويحصل هذا الإطلاع في مقر البنك .

كما أن المادة ٢٥ من القانون سالف الذكر نصت على أن يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان للحسابات يختارا من بين المتقدين في سجل يعد لهذا الغرض بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للحسابات .

كما أن مفاد نص المادتين ٣ ، ٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبة^(١) هو حول مراقبي الحسابات الجهاز المركزي للمحاسبة الإطلاع على حسابات العملاء عند فحص ومراجعة أعمال فروع البنك وذلك طبقاً لنصوص القانون سالف الذكر .

وقد أبدت ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والصادرة في ١٩٩٤ / ١ / ٤ .

وعلى ما تقدم فإن القانون قد أباح لبعض الأشخاص بحكم وظيفتهم أو مهنتهم أو طبيعة عملهم الإطلاع على سجلات وحسابات العملاء وودائعهم مثال ذلك ما عدته المادة الثالثة من القانون ١٩٩٠ / ٢٠٥ وهم النائب العام أو المحامي العام بمناسبة التحقيق في جنائية من الجنائيات المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات وهي الجنائيات والجنتح المضرة بالحكومة من جهة الداخل المنصوص عليها في المواد ٨٦ حتى ١٠٢ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧^(٢) المعدل بالقانون رقم ١٩٩٢ / ٢٣^(٣) .

(١) منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٣) في ١٩٨٨ / ٦ / ٩ .

(٢) المنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٩٢ / ٧ / ٢٩ مكر .

(٣) منشور في الجريدة الرسمية والشار إليها في ص (٨) من هذا المرجع .

« للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة إستئناف القاهرة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها فى المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك فى أي من الحالتين الآتيتين : -

(أ) إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جنابة أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعه .

(ب) التقرير بما فى الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتفصل المحكمة المنعقدة فى غرفة المشورة فى الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتقديره بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وعلى النائب العام أو من يفوضه فى ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذى تصدره المحكمة فى هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره . .

ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما فى الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

ويكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات .

إقتضت مصلحة البنك الضرورية الكشف عن حسابات العميل كلها أو بعضها بمناسبة نزاع قضائي بينه وبين البنك . وقد يكون الإنشاء أو الإقصاء بسرية الحسابات بناء على طلب العميل أو أحد ورثته أو النائب عنه قانوناً . . . الخ .

وقد ورد فى القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات مجموعة من الإستثناءات على إلتزام البنك بالمحافظة على أسرار حسابات عملائه . . فقد نصت المادة الأولى فى فقرتها الأولى من القانون سالف الذكر على مايلي : -

« تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأمانتهم وخزائنها فى البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض فى ذلك أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين .

كما نصت المادة (...) الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ على أن :

« وفى جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض فى ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي ويسري الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

كما نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ سنة ١٩٩٢ (١) الصادر فى ٢٨ يولية سنة ١٩٩٢ على ما يأتي :

(١) منشور فى الجريدة الرسمية فى ١٨ / ٧ / ١٩٩٢ العدد ٢٩ مكرر وقد صححت الفقرة المضافة بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ١٩٩٢ / ٩ / ٣ .

فى القسم الأول من الباب الثانى من
الكتاب الثانى من قانون العقوبات .

المبحث السابع : الإقضاء فى حالة نزاع بين البنك
والعميل .

المبحث الثامن : الإقضاء كطلب المستفيد فى الشيك .

المبحث التاسع : حق الجهاز المركزى للمحاسبات فى
الإطلاع على الحسابات .

المبحث الأول

الإقضاء بناء على رضا العميل أو أحد ورثته
أو أحد الموصى لهم بكل أو بعض الأموال أو النائب
القانونى أو الوكيل المفوض بذلك قانوناً .

جاء فى الفقرة الأولى من المادة الأولى وكذا فى
الفقرة الأولى من المادة الثانية من القرار بقانون رقم
١٩٩٠ / ٢٠٥ أن جميع حسابات العملاء وودائعهم
وأمانتهم وخزائنها فى البنوك سرية وكذلك المعاملات
المتعلقة بها سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء
بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابى
من صاحب الحساب أو الودبعة أو الأمانة أو الخزينة أو
من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض
هذه الأموال أو من النائب القانونى أو الوكيل المفوض
فى ذلك قانوناً أو بناء على حكم قضائى أو حكم
محكمين .

يتضح من نص المادتين سالفتي الذكر أن البنك
يستطيع أن يفضى أسرار حسابات عملائه بناء على إذن
كتابى أى أن المشرع قد وضع الطريق الوحيد لإثبات
الإذن الصادر من العميل للبنك بإقضاء أسرار حساباته
أو إعطاء الغير أى بيانات عنها بطريق مباشر أو غير
مباشر أن يكون الإذن الصادر منه للبنك كتابى فالإذن
الشفوى أو التليفونى لا يصلح سنداً للبنك لإقضاء أو
إقضاء سرية حسابات عملائه إلى الغير بل لابد أن

كما نصت المادة السادسة من القانون المشار إليه
على ما يأتى : -

« لا تخل أحكام هذا القانون ما يأتى : -

١- الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات
البنوك وبالإختصاصات المخولة قانوناً لكل من
البنك المركزى المصرى أو وزارة الإقتصاد والتجارة
الخارجية .

٢- إلزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف
الشيك بناء على طلب صاحب الحق .

٣- حق البنك فى الكشف عن كل أو بعض البيانات
الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه فى
نزاع قضائى نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه
المعاملات .

وعليه سوف نتناول بالبحث والتوضيح الإستثناءات
التي يجوز للبنك فيها إقضاء سرية حساب العميل من
خلال تسعة مباحث .

المبحث الأول : رضا العميل أو ورثته أو أى من
الموصى لهم أو نائبه القانونى أو وكيله
المفوض بذلك .

المبحث الثانى : مراقبو الحسابات .

المبحث الثالث : البنك المركزى المصرى ووزارة الإقتصاد
والتجارة الداخلية .

المبحث الرابع : الإقضاء بناء على حكم قضائى أو حكم
محكمين .

المبحث الخامس : الإقضاء بناء على أمر صادر من
محكمة إستئناف القاهرة .

المبحث السادس : الإقضاء كطلب النائب العام أو من
يفوضه من المحامين العاميين على الأقل أو
بناء على أمره فى الجرائم المنصوص عليها

بحصل البنك على إذن كتابي صريح منه بالإفشاء أو إعطاء أي بيانات من أحد الأشخاص الآتية :

١- صاحب الحساب (أو الوديعه أو الأمانة أو الخزينة :

الأصل أن إفشاء أسرار العملاء خطأ يستوجب التعويض المدني والعقوبة الجنائية إلا أن رضاء المجتبى عليه أو صاحب الحساب إفشاء سرية حساباته توقيماً لمصلحة أو فائدة تعود عليه جعل المشرع يجعل ذلك سبباً من أسباب إفشاء سرية حسابات العميل . وقد أحسن المشرع المصري صنعا عندما تطلب أن يكون الإذن الصادر من العميل للبنك كتابياً . فلا يكفي الإذن الشفوي أو الضمني . وقد سبق القانون اللبناني القانون المصري في ذلك إذ نص في المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦^(١) أنه لا يجوز إفشاء اسرار حسابات زبائن البنوك إلا بناء على إذن لهم خصيصاً للعميل أو ورثته أو الموصى لهم ... الخ .

وعليه فيقتصر الإذن على العميل فلا يمتد إلى أولاده أو تابعيه .

ويدعو اختلاف النظام المالي للزوج إلى التساؤل بما إذا كان يجوز لأحد الزوجين أن يطلب إلى البنك إطلاعه على أموال الزوج الآخر فيقرق الكتاب في هذا الصدد بين ما إذا كان الزوجان يتبعان نظام انفصال الأموال أم نظام وحدتهما وإندماجها في الحالة الأولى (الانفصال) لا يكون لأي من الزوجين أن يحصل على معلومات عن حقوق الآخر المشبته في حسابه .

أما في الحالة الثانية (الاندماج) فقد أدى إنفراد الزوج بحق إدارة وتصريف هذه الأموال إلى القول بأنه ليس للزوجة أن تطلب بيانات عن الحساب المفتوح للزوج إلا إذا كانت قد أقامت دعوى تطليق أو فصل الأموال

وإذا كان الحساب مفتوحاً بإسم الزوجة فإنه يكون للزوج أن يحصل على كل المعلومات عن العمليات التي أجرتها الزوجة سواء في حياتها أو بعد وفاتها ولو لم

يكن هو الخلف العام لها وذلك إستناداً إلى أن هذه الحسابات لا تفتح إلا بتدخل الزوج وأن ثمة قرينة على أن هذه الأموال تدخل في نظام الاندماج^(٢) ولتحديد

(١) نظراً لأن القانون اللبناني الصادر سنة ١٩٥٦ بشأن سرية المصارف اللبناني يعتبر بمثابة تنظيم قانوني متطور من الناحية القانونية والمصرية في هذه الآونة وسوف نورد نصوصه ونصها كالآتي :

مادة (١) : تخضع لسر الهمة للمصارف والمؤسسات في لبنان على شكل شركات منفصلة والمصارف التي هي فرع لشركات أجنبية شرط أن تحصل هذه المصارف اللبنانية والأجنبية على موافقة خاصة يعطيها وزير المال لهذه الغاية ويستثنى من أحكام هذا القانون مصرف التصليط الزراعي الصناعي والعقارى

مادة (٢) : أن مدبري ومستغضى المصارف المشار إليها في المادة الأولى وكل من له اطلاع بحكم صفته أو وظيفته بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر والمعاملات والمراسلات المصرفية يلزمون بكتساب السر اسراراً لحسنة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم إفشاء ما يعرفونه عن أسرار الزبائن وأموالهم والأمر المتعلقة بهم لأي شخص فرداً كان أو سلطة عامة أو إدارية أو عسكرية أو قضائية إلا إذا أذن لهم ذلك خصيصاً صاحب الشأن أو ورثته أو الموصى لهم أو إذا أعلن إفشاله أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف أو إذا أعلن إفشاله أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف ورعايتها .

مادة (٣) : يحق للمصارف المشار إليها في المادة الأولى أن تفتح زبائنها حسابات ودائع مرقمة لا يعرف أصحابها غير المدير القائم على إدارة المصرف أو وكيله ولا تعلن هوية صاحب الحساب المرقم إلا بإذنه الخطي أو بإذن ورثته أو الموصى لهم أو إذا أعلن إفشاله أو إذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها ويحق أيضاً لهذه المصارف أن تزجر خزائن حديدية تحت أرقام بالشرط ذاتها .

مادة (٤) : لا يجوز إفشاء أي حيز على الأموال والموجودات المودعة لدى المصارف المشار إليها في المادة الأولى إلا بإذن خطي من أصحابها .

مادة (٥) : يجوز الانسحاق مسبقاً على إعطاء الإذن الفوري عنه في المواد السابقة في كل عقد من أي نوع كان . ولا يجوز الرجوع عن هذا الإذن إلا بموافقة جميع المتعاقدين .

مادة (٦) : يجوز للمصارف المشار إليها في المادة الأولى سيانة لتعريف أموالها أن تتبادل قيمتها بينها فقط وتحت طابع السرية المعلومات المتعلقة بحسابات زبائنها المدنية

مادة (٧) : لا يمكن للمصارف المشار إليها في المادة الأولى أن تتدخل بسر الهمة المنصوص عليه في هذا القانون بشأن الطلبات التي توجهها السلطات القضائية في دعوى الإثراء غير المشروع المقامة بوجهه المرسوم الاشتراكي رقم ٣٨ بتاريخ ١٨ شباط سنة ١٩٥٣ وقانون ١٤ نيسان سنة ١٩٥٤ .

مادة (٨) : كل مخالفة عن قصد لحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالسجن من ثلاثة أشهر حتى سنة والشرع بالهزيمة يعاقب عليه بنفس العقوبة.

مادة (٩) : تعتبر ملغاة كافة النصوص القانونية المخالفة لهذا القانون أو غير المتفقة مع مضمونه .

مادة (١٠) : يعمل بهذا القانون بعد مرور شهرين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

صدر هذا القانون في ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٦ ونشر في الجريدة الرسمية اللبنانية في العدد ٣٦ بتاريخ ١٩/٩/٥٦ .

(٢) راجع مرسوعة أعمال البنوك د/ محي الدين اسماعيل ص ١٥١ نقلاً من هتريين ص ٦٨ وما بعدها .

النظام الذي يخضع له الزوجان أي نظام انفصال الأموال أو وحدتها إلى قواعد القانون الدولي الخاص وديانة الزوجين لتحديد النظام للذان يخضعان له .

وعليه ليس للبنك أن يحتسي وراء قانون سرية الحسابات ويتنعم عن إعطاء أو إمداد العميل ببعض المعلومات أو البيانات عن حساباته أو أماناته أو خزائنه أو دائعته طرف البنك طالما كان صاحب الحساب ولا يجوز للبنك الاحتجاج بالترام البنك بالمحافظة على سرية الحساب .

٢- إحد ورتة العميل :

فى حالة وفاة العميل فقد إكتفى المشرع لكى يكشف عن بيانات الحساب أو عن أي بيان متعلق بالحساب بإذن كتابي من أحد الورثة ولم يتطلب المشرع إذن كتابي من جميع الورثة .

وقد إنتقد البعض من الفقه نشايه الرأي بأنحاء المشرع بكشف السرية بناء على إذن كتابي من أحد الورثة إذ إعتبروا هذا بمثابة إقراط فى هذا الإستثناء وكان الأولى به أن يشترط صدور الإذن الكتابي من جميع الورثة أو غالبيتهم . لأنه فى ضوء هذا النص يستطيع وارث واحد مهما كان نصيبه فى الميراث ضمناً أن يأذن للبنك كتابة بإفشاء أسرار المتوفي بالرغم من معارضة الورثة الآخرين (١) .

وعليه فبأنه طبقاً لنص القانون يجوز لأي وارث من ورتة العميل أياً كان سبب الميراث سواء كان عصبية بالنفس أو بالغير أو من أصحاب الفروض أو من ذو الأرحام أو من أصحاب الوصية الواجبة أن يأذن للبنك بكشف وإفشاء سرية حسابات العميل بعد وفاته .

٣- إحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الاموال :-

نفاذاً لما جاء بنص المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون رقم ٢٠٥ / ١٩٩٠ يجوز للبنك أن يكشف عن

أما إذا كان الإذن من الموصي له ببعض أموال العميل طرف البنك فنحن نرى أنه يجب أن يقتصر الإذن على المعلومات والبيانات الخاصة بهذا الجزء إذا كان هذا الجزء محدداً فى أموال العميل طرف البنك . أما إذا كان الجزء الموصي به غير محدد وشائع فى جميع أموال العميل فنرى أنه يسري الإذن على جميع أموال العميل طالما أن حصة الموصي له غير مفردة .

٤- النائب القانوني :-

يقصد بالنائب القانوني وهو من يمثل صاحب الحساب أو الوديعة أو الخزينة الحديدية قانوناً . أي أن القانون هو الذي أعطى لهذا الشخص الصفة القانونية لباشرة أعمال الغير إما لصغر سنه أو لعاهة عقلية أو وجود عجز . الخ .

والنائب القانوني قد يكون الولي الطبيعي مثل الأب والجد . على الإبن القاصر . ومثل الوصي الذي يعين بقرار من المحكمة سواء كان بأجر أو بغير أجر على العميل القاصر . وفى هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يكشف عن بيان متعلق بحساب بإسم القاصر إلا بإذن كتابي من الولي الطبيعي أو الوصي وذلك فى الحسابات التى تخضع للولاية أو الوصاية .

(١) راجع فى ذلك القانون التجارى - عمليات البنوك للأستاذين د/ أبو زيد رضوان ، وشا السيد عبد الحميد ص ١٢٢ طبعه ١٩٩٢ ، ١٩٩٣ .

وقد يكون النائب القانوني : الوكيل عن الغائب كامل الأهلية متى إنتقضت سنة أو أكثر على غيابه وتعلقت مصالحه وخصوصاً إذا كان المفقود لا تعرف حياته أو مماته ولم يكن له محل إقامة معلوم بالداخل سواء كان الوكيل موكل أصلاً عن الغائب وعينته المحكمة ، أو لم يكن قد وكله العميل الغائب من قبل وعينته المحكمة ، وفي هذه الحالة يكون هذا الوكيل القانوني ^(٢) هو صاحب الحق في إعطاء الإذن الكتابي للبنك بكشف أو إفشاء سرية حسابات أو ودائع العميل المفقود أو الغائب .

٥- الوكيل المفوض في ذلك :-

الوكيل الذي يعتد بالإذن الصادر منه للبنك بكشف سرية حسابات العميل الموكل لهذا الوكيل . . يجب أن يكون وكيلاً خاصاً في شأن الإذن للبنك فقط وبالتالي لا تكفي الوكالة العامة في هذا الخصوص حيث جاء في نص المادتين الأولى والثانية من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ بشأن سرية الحسابات بالبنوك أنه لا يجوز الإطلاع على الحسابات أو إعطاء أي بيانات عنها إلا بإذن صاحب الحساب أو الوكيل المفوض في ذلك . أي أن المشرع تطلب وكالة خاصة للوكيل حتى يأذن للغير بالإطلاع على حساب الموكل أو يعطي إذن للبنك بإفشاء سرية حساب العميل الموكل لهذا الوكيل حيث جاء في نص المادة ١/٧٠١ من القانون المدني على أن :

« الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة .

وقد نصت المادة ١/٧٠٢ ، ٣ من القانون المدني أيضاً على أن :-

(١) راجع المادة (٦٥) وما بعدها من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال .

(٢) راجع في ذلك نص المواد ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أما الحسابات بإسم القاصر التي تكون مفتوحة بإسمه لمصروفاته الشخصية أو التي يكون إيداعاتها من عمله أو تجارتها . أو المأذون له بمباشرتها طبقاً لنص المواد من ٥٥ إلى ٦٣ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فيجب أن يصدر الإذن الكتابي من القاصر نفسه للبنك بكشف أي بيانات أو معلومات للغير بطريق مباشر أو غير مباشر . . ويجب على البنك في هذه الحالة ألا يكشف أو يفشي سرية حساب العميل القاصر إلا بعد الحصول على الإذن الكتابي منه شخصياً .

وقد يكون النائب القانوني قيساً تعينه المحكمة على المحجور عليه والمحجور عليه هو الشخص البالغ الذي لحقه جنون أو عته أو سفه أو غفلة وحكمت المحكمة بإعتباره كذلك ^(١) وفي هذه الحالة على المحكمة أن تعين له قيساً لإدارة أمواله ويسري عليه مايسري على الوصي من أحكام . . وفي هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يفشي سرية الحساب أو أي بيان منه إلا بعد الحصول على إذن كتابي صريح من القيم .

وقد يكون النائب القانوني مساعداً قضائياً طبقاً لما أوضحته المادة (٧٠) من قانون الولاية على المال سالف الذكر في حالة ما إذا كان الشخص أصم ، أو أعمى أو أبكم وإذا لحق بالشخص عجز جسماني شديد يخشى معه إنفراده وحده بمباشرة تصرفاته المالية وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً ومعاوناً قضائياً يعاونه ويساعده في تصرفاته القانونية ويشترك معه في التصرفات ولذلك يجب أن يصدر الإذن للبنك بكشف الحساب من العميل المصاب بعاهتين أو المصاب بعجز شديد بناء على مساعدة ومعاونة المساعد والمعاون القضائي لا يعتد بالإذن بكشف السرية .

كما تنص المادة « ٢٥ » من القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧^(١) والمستبدلة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٠ ثم استبدلت بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢^(٢) قد نصت على أن :-

« مع عدم الإخلال بأحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات يتولى مراجعة حسابات البنك مراقبان للحسابات يختاران من بين المقيدين في سجل - يعد لهذا الغرض - بالتشاور بين البنك المركزي المصري والجهاز المركزي للمحاسبات ولا يجوز للمراقب الواحد أن يراجع حسابات أكثر من بنكين في وقت واحد » .

وكما نص في المادة ٢٦ من ذات القانون على مراقب الحسابات أن يخطر البنك المركزي بأي نقص أو خطأ يستوجب الاعتراض لدى البنك الذي يخصص حساباته ويعد تقرير حسابي بذلك . . .

وكما نصت المادة ٢٦ مكرر « ٢ » تخضع جميع البنوك التي تمارس عملياتها داخل جمهورية مصر العربية لأحكام هذا القانون .

لما كان نص المادة ٢٥ من القانون سالف الذكر ظل للجهاز المركزي للمحاسبات كافة إختصاصاته الرقابية المنصوص عليها في المواد ٣ ، ٦ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ بشأن الجهاز المركزي للمحاسبات^(٤) تخول للجهاز المذكور ممارسة الرقابة المالية والمحاسبية على بنوك القطاع العام أو البنوك التي تملك فيها الدولة ٢٥٪ من رأس مالها حيث تعتبر شركة من الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو بنوك القطاع العام ٢٥٪ من رأس مالها وبالتالي تخضع لرقابة الجهاز المركزي للمحاسبات .

« لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ويوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيهه اليمين والمرافعة أمام القضاء - فقرة (٣) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابيع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري » .

ولما كان المشرع في القانون ١٩٩٠/٢٥ وقد تطلب وكالة خاصة حتى يكون للوكيل الحق في الإذن للبنك بالإفشاء أو الإفضاء بسرية حسابات العميل حيث أن ذلك يعد بمثابة إقرار من الوكيل ولذلك الوكيل عن العميل في وكالة عامة لا تبيح له الإذن للبنك بإفشاء سرية حسابات العميل حيث أن الوكالة العامة تفيد الإدارة^(١) فقط ولا تسري على التصرفات والإقرارات ولا سيما أن الوكالة الخاصة هي التي تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة في هذه الوكالة وما تقتضيه توابيعها الضرورية حسب طبيعة الأمور والعرف الجاري .

وبالبناء على ما تقدم يكون للوكيل عن العميل بتوكيل خاص منصوص عليه محدداً بحق الوكيل في الإذن للبنك في إطلاق التفسير أو إعطاء بيانات عن حسابات أو ودائع أو خزائن العميل الموكل .

أما الوكيل في توكيل عام لا يجوز له إعطاء أي إذن أو تصريح للبنك بكشف سرية الحسابات .

المبحث الثاني

مراقبو حسابات البنوك

تنص المادة السادسة فقرة (١) من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٥ على أن :-

« لا تُخلّ أحكام هذا القانون بالواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك . . . » .

(١) راجع نص المادة ٧٠١ مكرر .

(٢) منشور في الجريدة الرسمية في ١٣/١٢/١٩٥٧ العدد ٥٣ مكرر .

» .

(٣) منشور في الجريدة الرسمية في ١٩٩٢/٦/٤ العدد ٢٣ تابع .

(٤) مشار إليه من قبل .

على تنفيذها وفقاً للخطط العامة للدولة وما يساعد على دعم الإقتصاد القومي وإستقرار النقد المصري .. ويتخذ في سبيل تحقيق أغراضه الوسائل الآتية :-

- (أ)
(ب)
(ج) مراقبة الهيئات المصرفية بما يكفل سلامة مركزها المالي .

كما أن نص المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٦ مكرر « ١ » ، مكرر « ٢ » ، ٢٧ ، ٢٨ من القانون سالف الذكر على حق البنك المركزي في إيفاد مراقبي حسابات لفحص حسابات البنوك ومتابعة أعمالها والتأكد من عدم مخالفتها للتعليمات القانونية المعمول بها فضلاً عن ذلك فقد نصت المادة « ٢٩ » من القانون سالف الذكر على أن :

« على كل بنك أن يقدم إلى البنك المركزي كافة ما يطلبه من بيانات وإيضاحات عن العمليات التي يباشرها والبنك المركزي عند الإقتضاء وبعد موافقة وزير الإقتصاد أن يندب موظفاً أو أكثر من قائمة معتمدة من وزير الإقتصاد والتعاون الإقتصادي للإطلاع على دفاتر وسجلات البنك ويحصل هذا الإطلاع في مقر البنك » .

وبذلك لا يجوز للبنك أن يمتنع عن موافاة البنك المركزي بأي بيانات أو إيضاحات أو حسابات أو معلومات عن أي حساب من الحسابات بحجة المحافظة على سرية الحسابات حيث أن الشرع إستثنى ذلك بنص القانون .

وبناء على ما تقدم لا يستطيع البنك التمسك بالالتزامه بسرية حسابات العملاء في مواجهة مراقبي الحسابات عندما يطلبون الإطلاع على مستندات البنك وسجلاته أو موافاتهم ببيانات تمكنهم من أداء عملهم وواجباتهم المكلفون بها سواء من البنك المركزي أو من الجهاز المركزي للحسابات . حيث أنهم منوط بهم إعداد الميزانية والتقارير السنوية التي تعرض على الجمعية العمومية للبنك وبذلك فإن إطلاعهم أو إعطائهم أي بيانات لا تخل بالالتزام البنك بالمحافظة على سرية حسابات عميله . وإن كان المشرع قد ألقى على عاتق هؤلاء المراقبين للحسابات التزام بالمحافظة أيضاً على سرية حسابات العملاء الذين يطلعوا على حساباتهم بحكم عملهم أو وظيفتهم . أو واجباتهم وجرم من يفشي فيهم أي معلومات أو يدلي بأي بيانات عن حساب أي عميل وذلك في المادة الخامسة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥ إذ نص على أن :

« ويسري هذا الحظر لإقشاء سرية حسابات العملاء على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات والمعلومات المشار إليها » .

وجعل المشرع عقوبة من يفشي أسرار العملاء من هذه الطائفة الحبس الجسدي مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه ^(١) .

المبحث الثالث

البنك المركزي ووزارة الإقتصاد والتجارة الداخلية

نص المشرع في المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٧/١٦٣ ^(٢) على أن :-

« يكون البنك الأهلي المصري البنك المركزي للدولة ويقوم بتنظيم السياسة الإئتمانية والمصرفية والإشراف

(١) راجع في ذلك نص المادة السابعة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥

بشأن سرية الحسابات .

(٢) مشار إليه من قبل .

٣- تسلم المراكز المجمعة لكل عميل إلى البنوك التي يتعامل معها هذا العميل وذلك عن طريق مندوبيها المعتمدين في موعد لا يتجاوز الأسبوع الأخير من الشهر الوارد فيه إقرارات البنوك عن عملاتها .

٤- تسلم بيانات ومراكز العملاء المطلوب الإطلاع على بياناتهم في مظاريف مغلقة إلى مندوبي البنوك المعتمدين أو ترسل عن طريق أجهزة الفاكسميلي المزمنة .

وعلى ذلك لا يعتبر إبلاغ البنك المركزي بالمراكز الشهرية أو أي بيانات عن العملاء إنشاء للسرية أو تبادل المعلومات بين البنوك بعضها البعض وخصوصاً إذا كان هناك إذن تحت يد البنك من العميل أو من يفوضه أو وكيله بموافقة البنك على قيام البنك بإطلاع البنوك الأخرى العاملة في مصر على معلومات أو بيانات عن الحساب لا يعد ذلك إنشاء للسرية .

المبحث الرابع

الإفشاء بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين

من ضمن الإستثناءات التي قررها القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ على التزام البنك بالسرية صدور حكم قضائي أو حكم محكمين يلزم البنك بإطلاع الغير على حسابات العملاء أو إعطائه أي بيانات عن الحسابات وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادتين الأولى والثانية .

إلا أن المشرع قد فرق في ذلك بين الحسابات الإسمية والحسابات المرقمة وتوضح ذلك :

أولاً : بالنسبة للحسابات والودائع الإسمية :-

نص المشرع في المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر على أن : -

كما أنه لا يجوز للبنك أن يمتنع عن فكيف مندوب وزارة الإقتصاد والتجارة الداخلية والمعتمدين في قائمة وزارة الإقتصاد من الإطلاع على سجلات البنك ومستنداته بحجة سرية الحسابات حيث أن هذه الطائفة مستثناة بنص القانون . ويجوز لهم الإطلاع على حسابات العملاء وودائعهم وكذا طلب أي بيانات عن حسابات البنوك وذلك ليتمكنوا من أداء واجبهم من إعداد الميزانيات والحسابات المركزية .

فضلاً عن ذلك فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ على أن :

« يضع مجلس إدارة البنك المركزي المصري القواعد المنظمة لتبادل البنوك معه وفيما بينها المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية عملائها والتسهيلات الإئتمانية المقررة لها بما يكفل سريتها ويضمن توافر البيانات اللازمة لسلامة منح الإئتمان .

وقد أصدر مجلس إدارة البنك المركزي المصري بجلسته ١٩٩١/٣/٢١ القرار التالي :

١- يتعين على البنوك المحليين أو البنوك بالخارج عند الإستعلام عن أحد العملاء ضرورة الحصول على إذن كتابي من العميل أو نائبه القانوني أو وكيله المفوض بموافقته على قيام البنك المعني بالإطلاع على حساباته المدينة والمعلومات والمعاملات المتعلقة بها لدى البنك المركزي انصري أو أي من البنوك العاملة في مصر .

٢- تقدم الإقرارات الشهرية عن عملاء التسهيلات الإئتمانية إلى الإدارة العامة لتجميع مخاطر الإئتمان المصري في مظاريف مغلقة وسرية معنونة بإسم الإدارة ومقرها في موعد لا يتجاوز اليوم الخامس من الشهر التالي للشهر الذي يتم الإقرار عن بياناته .

ثانياً: بالنسبة للحسابات والودائع المرقمة :-

نصت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القرار بقانون ٢٠٥ / ١٩٩٠ على أن :

« وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي ويسري هذا الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع » .

وقد تلاحظ أن المشرع قد فرق في هذا الخصوص بين الحسابات المرقمة والحسابات الإسمية حيث تطلب في الحسابات المرقمة أن يكون الحكم الملزم بإنشاء السرية واجب النفاذ ولم يتطلب ذلك في الحسابات الإسمية .

وعليه فإذا كان الحساب طرف البنك أو الوديعة حساباً مرقماً أو وديعة مرقمة ^(١) فاشتراط القانون حتى يكشف البنك عن سرية حساب العميل أن يكون هناك حكم قضائي واجب النفاذ ومعلوم أن الحكم يكون واجب النفاذ إذا كان صادراً من محكمة أول درجة مشمولاً بالنفاذ المعجل سواء القضائي أو القانوني . أو أن يكون الحكم صادراً من محكمة ثاني درجة وبذلك يكون الحكم نهائي وواجب النفاذ بنص القانون .

فضلاً عن ذلك فإذا كان الإنشاء بناء على حكم محكمين فقد إشتراط المشرع أن يكون حكم المحكمين نهائي ولم يتطلب ذلك في الحسابات والودائع الإسمية وفي رأينا أن هذه الصياغة غير موفقة حيث أن أحكام المحكمين تكون عادة على درجة واحدة وغير قابلة

« تكون جميع حسابات العملاء سرية ولا يجوز الإطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا أو أو أو بناء على حكم قضائي أو حكم محكمين » .

وعليه فإن المشرع في نطاق الحسابات الشخصية قد إستثنى للبنك من نظام السرية حالة صدور حكم قضائي أو حكم محكمين فإنشاء أسرار حسابات العميل أو إعطاء بيانات عنه فلا يجوز للبنك أن يتمسك بالسرية في هذا المقام بل عليه أن يباح بأسرار العميل طبقاً لمنطوق الحكم أو حكم المحكمين .

وعلى ذلك لم يتطلب المشرع في هذا النوع من الحسابات أن يكون الحكم القضائي نهائي أو غير نهائي كما أنه لم يفرق بين الحكم التمهيدي والحكم التقريري أو الحكم القطعي بل جاء النص عاماً أي أن أي حكم قضائي يصدر من هيئة قضائية لها ولاية القضاء يصرح بإطلاع الغير على حسابات العميل أو إعطائه بيانات عنها لا يجوز للبنك أن يمتنع عن تنفيذ هذا الحكم . ولم يشترط المشرع أن يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل كما هو الشأن في المادة الثانية من هذا القانون .

وكذلك لو صدر حكم محكمين سواء كان التحكيم الإيجابي المنصوص عليه في القانون أو تحكيم اختياري حيث أن المشرع لم يبين ما إذا كان المقصود بالتحكيم هنا التحكيم الإيجابي الذي يكون بين الجهات الحكومية بعضها البعض أو بين القطاع العام وهيئات أو الحكومة ، أو التحكيم الاختياري الذي يتفق عليه بين الخصوم فسواء في العقود التبادلية أو في وثيقة منفصلة عن العقود . فإذا صدر حكم محكمين يكون إستثناءً يحق للبنك في هذه الحالة أن يكشف عن سرية حسابات عميله أو يعطي أي بيانات عنها .

(١) راجع في ذلك البحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث .

أما إذا كان الحساب مرقم أو الوديعة كذلك إشتراط المشرع أن يكون الحكم القاضي المصرح بالإطلاع واجب النفاذ أو حكم محكمين نهائي حتى يحق للبنك أن يقضي سرية حساب عميله أو يعطي بيان عنها .

المبحث الخامس

الإقضاء بناء على أمر صادر من محكمة إستئناف القاهرة

وضع القانون في مادته الثالثة ما يجب إتباعه لإستصدار أمر من محكمة إستئناف القاهرة يلزم البنك بكشف الحقيقة في جنابة أو جنحة قامت الدلائل على وقوعها أو التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع تحت يد أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وعلى ذلك سوف نوضح في بندين الأول إجراءات التقدم لإستصدار الأمر من محكمة إستئناف القاهرة ونوضح في البند الثاني أحوال إستصدار الأمر .

(أ) إجراءات التقدم لإستصدار أمر من محكمة إستئناف القاهرة :

نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٧٠٥ على أن :

للنائب العام أو لمن يفوضه من المعامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوى الشأن أن يطلب من محكمة إستئناف القاهرة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الدوائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك في أي حالة من الحالات الآتيتين :

(أ) إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جنابة أو جنحة قامت الدلائل الجديدة على وقوعها .

للظن وهي بذلك تكون نهائية وبذلك كان يجب على المشرع ألا ينص على أن يكون الإقضاء بناء على حكم محكمين نهائي بل كان يجب أن يقتصر على أن يكون الإقضاء بناء على حكم محكمين .

ونحن نرى أن المشرع كان غير موفق في التفرقة التي توفر الحماية الأكبر للحسابات المرقمة عن الحسابات الإسمية . وفي نظرنا أن هذه التفرقة لا محل لها إذ أن البنك ملتزم في النوعين من الحسابات بالسرية والمحافظة على سرية حسابات عملائه كل ما في الأمر أن الغرض من فتح الحسابات المرقمة هو مجرد تقليل إحتتمالات إفشاء السرية وقصر معرفة صاحب الحساب على أشخاص معينة لنفس الغرض .

ولذلك كان يجب على المشرع المساواة بين النوعين من الحسابات بإشتراطه أن يكون الحكم الموجب لكشف السرية وإفشاء سرية العميل سواء كان العميل صاحب وديعة أو حساب مرقم أو صاحب حساب معروف إسم صاحبه أو وديعة أن يكون بناء على حكم واجب النفاذ .

كما أن المشرع قد سلك نفس التفرقة فيما يتعلق بأحكام المحكمين فإشتراط أن يكون حكم المحكمين نهائي في الحسابات المرقمة ولم يشترط ذلك في الحسابات أو الدوائع الإسمية . وإن كانت تفرقه لا محل لها . وحيث سبق أن قلنا أن المشرع لم يكن موفق في الصياغة نظراً لأن أحكام المحكمين دائماً نهائية حيث أنها تنظر على درجة واحدة غير قابلة للظن عليها بأي طريق من طرق الظن .

وننتهي إلى أن المشرع قد قرر إستثناء من قاعدة إلزام البنك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء هو صدور حكم قضائي أو حكم محكمين يصرح بالإطلاع على حسابات العملاء أو إعطاء بيانات عنها إذا كان الحساب أو الوديعة شخصية .

من تاريخ إخطار البنك المحجوز تحت يده بالأمر الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بإفشاء السرية أو إعطاء بيانات عن الحساب .

(ب) حالات إستصدار الأمر بإفشاء السرية من محكمة إستئناف القاهرة :-

حددت المادة الثالثة حالتين لإفشاء السرية للحسابات أو الودائع سواء كانت حسابات إسمية أو مرقمة وهاتين الحالتين هما :-

الحالة الأولى : إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها

حيث أنه قد إتجهت نية المشرع في هذه الحالة إذا كان هناك جناية أو جنحة قامت دلائل جدية على وقوعها وتظرها المحكمة وتقديم البنك للبيانات أو المعلومات أو إطلاع المحكمة على الحسابات أو الودائع يشبث أو يكون وسيلة لإثبات وقوع هذه الجناية أو الجنحة يحق في هذه الحالة للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين أو بناء على طلب ذوى الشأن أن يتقدم بطلب لمحكمة إستئناف القاهرة لإستصدار أمر للبنك الموجود لديه الحساب أو الوديعة بإفشاء السرية لإثبات وقوع هذه الجناية أو الجنحة .

وبذلك لم تسجعه نية المشرع إلى أن يكون الإدلاء بالبيانات والمعلومات وسيلة لكشف جناية أو جنحة لم تقدم للمحكمة بعد . . وذلك حيث جاء النص واضح في أنه إذا إقتضى الأمر كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل على وقوعها .

الحالة الثانية : التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون :

إذا توقع حجز تحت يد إحدى البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون ثم تقدم النائب العام أو من يفوضه

(ب) التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى أحد البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون .

وتفصل المحكمة منعقدة في غرفة المشورة في الطلب خلال الثلاثة أيام التالية لتلقيه بعد سماع أقوال النيابة العامة .

وعلى النائب العام أو من يفوضه في ذلك من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره .

ولا يبدأ سريان الميعاد المحدد للتقرير بما في الذمة إلا من تاريخ إخطار البنك بالأمر المذكور .

وعلى ذلك فإن الفقرة الأولى من المادة الثالثة قد بينت إجراءات إستصدار الأمر بإفشاء السرية من محكمة إستئناف القاهرة . فتطلبت أن يقدم الطلب من النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أي جهة رسمية أو بناء على طلب ذوى الشأن من الأشخاص سواء الطبيعيين أو الاعتباريين وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة في غرفة المشورة خلال ثلاثة أيام من تلقيه وعلى المحكمة قبل إصدار الطلب أن تسمع أقوال النيابة العامة . ثم يقوم النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول بإخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بأمر المحكمة وقد تطلب المشرع أن يتم الإخطار في خلال الأيام الثلاثة التالية لصدور الأمر .

ولما كان المشرع قد حدد في قانون المرافعات وفي قانون الحجز الإداري خمسة عشر يوماً من تاريخ الحجز ليقوم المحجوز تحت يده بالتقرير بما في الذمة للجهة الحاجزة . إلا أن المشرع في نص المادة الثالثة قد فتح الميعاد بالنسبة للبنوك التي يتم توقيع الحجز تحت يدها وقرر أنه لا يبدأ سريان ميعاد التقرير بما في الذمة إلا

القاهرة دون غيرها بإصدار الأمر بالإطلاع على الحسابات أو الحصول على بيان متعلق بها . فإن ذلك في رأينا محل نظر حيث أن إختصاص هذه المحكمة دون غيرها يشكل عبء عليها وعلى التقاضين وأصحاب المصالح ويجعل مركزية في التقاضي لا مبرر لها فضلاً عن الصعوبات العملية حيث حدد ثلاثة أيام لإصدار الأمر فضلاً عن أنه تطلب أن يتم الإخطار بالأمر خلال ثلاثة أيام من صدوره وهذه المدة قصيرة ولا تكفي لإبلاغ الأمر في الأماكن البعيدة عن مقر المحكمة . ولذلك كان الأفضل للمشرع أن يجعل الإختصاص لمحكمة الإستئناف التي يقع في دائرتها مقر البنك المحجوز تحت يده أو التي يقع فيها موطن ذوى الشأن أو الجهة الطالبة وذلك لسرعة إبلاغ الأمر وتحقيق الهدف منه ^(١) .

وعلى ما تقدم يكون هناك حالتين يحق للبنك أن يكشف السرية عن حسابات أو ودائع العميل أيأ كان نوعها إذا أخطر بأمر قضائي صادر من محكمة إستئناف القاهرة يخول له الكشف عن الحسابات أو ودائع العميل أيأ كان نوع الحساب مرقم أو إسمي وذلك على النحو الموضح سلفاً .

المبحث السادس

الإفشاء بناء على أمر صادر من النائب العام مباشرة أو من يفوضه من المحامين العامين

أضاف القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن مكافحة الإرهاب ^(٢) فقرة أخيرة لنص المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ ونصها كالتالى : -

(١) راجع في ذلك القانون التجارى - عمليات البنوك للأستاذين أ.د/ أبو زيد زهران ، د/ رضا السيد عبد الهيد .

(٢) هذه الفقرة مضافة بالقانون رقم ١٩٩٢/٩٧ ومنشور في الجريدة الرسمية في ١٨/٧/١٩٩٢ العدد ٢٩٠ مكرر وقد صحت الفقرة المضافة بالاستدراك المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٦٠ في ٩/٣/١٩٩٢ .

من المحامين العامين أو أحد ذوى الشأن بطلب لمحكمة إستئناف القاهرة للإذن للبنك المحجوز تحت يده بالتقرير بما فى الذمة للجهة أو للشخص الحاجز .

هذا وعلى النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل إخطار البنك وذوى الشأن بحسب الأحوال بالأمر الصادر من المحكمة فى خلال الثلاثة أيام .

وفى هذه الحالة يقع على البنك إلزام بالتقرير بما فى الذمة وذلك فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالأمر الصادر من محكمة إستئناف القاهرة بإفشاء السرية أو إعطاء أي بيانات عن الحساب المحجوز عليه .

ومن الجدير بالذكر أن نذكر أن المشرع لم يخضع كل المنشآت المالية والبنوك جميعها لهذا القيد بل جعل البنوك التى تخضع لأحكام هذا القانون فقط .

وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥٧ على أن : -

« على كل منشأة خاضعة لأحكام هذا القانون المرافق والتي تزاول نشاطها وقت صدوره أن تقدم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بأحكامه طلباً بتسجيلها فى السجل المسد لهذا الغرض بالبنك المركزي وفقاً للشروط والأوضاع المنصوص عليها فى المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ » .

وقد تتطلب المواد ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ من القانون سالف الذكر أن يتقدم كل بنك بطلب للبنك المركزي بالتسجيل فى السجل المسد لذلك وأن يأخذ البنك أحد الأشكال المنصوص عليها فى القانون وأن يعتمد البنك المركزي المصري النظام الأساسي لهذا البنك .

ومن الجدير بالذكر أن نتتقد مسلك المشرع فى نص المادة الثالثة من هذا القانون بأن خص محكمة إستئناف

من الجرائم المنصوص عليها في المواد ٨٦ حتى ٨٩ من قانون العقوبات وهي الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل وذلك بعد تعديلهما بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بإضافة جرائم جديدة الى قانون العقوبات .

المبحث السابع

الإفشاء في حالة وجود نزاع بين البنك والعميل

نصت المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ على ما يأتي :-

« لا تُغْلَ أَحْكَامُ هَذَا الْقَضَاءِ بِمَا يَأْتِي : -

« ١ - ٢ - ٣ - حق البنك
في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات
العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه
وبين عميله بشأن هذه المعاملات » .

يهدف هذا الإستثناء إلى تمكين البنك من ممارسة حقه في الدفاع عن حقوقه إذا ما نشأ لنزاع قضائي بينه وبين عميله بشأن هذه الحسابات إذ أنه في هذه الحالة يخول للبنك أن يكشف عن هذه السرية في نطاق هذا الحساب الذي يشار بشأنه النزاع دون التطرق إلى حساب عميل آخر أو حساب آخر لهذا العميل .

ولذلك فإن النص قد حدد قيدين على البنك يجب أن يلتزم بهما وهو يكشف السرية عن حسابات عميله بمناسبة نزاع قضائي بينهما وهما : -

الأول : يجب أن تتعلق البيانات بالمعاملات التي يثار بشأنها النزاع :

أي يجب أن تتعلق البيانات أو المعلومات التي يدلي بها البنك أو يكشفها للمحكمة أو للغير بالمعاملات التي يشور بشأنها النزاع القائم بين البنك وحصيله وذلك دون تزود - أو إفراط في الإدلاء بالمعلومات أو البيانات .

« يكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العاملين أن يأمر مباشرة بالإطلاع أو الحصول على أي بيانات أو معلومات تتعلق بالخصابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه والمعاملات المتعلقة بها إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة في جرمية من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات » .

قد أعطى هذا النص بعد التعديل للنايب العام أو من يفوضه من المحامين العامين ودون اللجوء إلى محكمة إستئناف القاهرة أن يأمر مباشرة البنك المودع لديه الحساب بالإطلاع على الحسابات أو الحصول على أي بيانات تتعلق بالحساب أو الدوائع أو الأمانات أو الخزائن والمنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية إذا إقتضى ذلك كشف الحقيقة فى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات .

والجدير بالذكر أن القانون رقم ١٩٩٢/٩٧ قد
أضاف إلى قانون العقوبات - مجموعة من الجرائم
المتعلقة بالإرهاب وذلك بموجب المواد ٨٦ ، ٨٦
مكرر ، ٨٦ مكرر «أ» ، ٨٦ مكرر «ب» ، ٨٦ مكرر
«ج» ، ٨٦ مكرر «د» ، ٨٨ ، ٨٨ مكرر أ ، ب ،
ج ، د ، هـ .

والواضح هنا أن المشرع قد توسع هنا في التفويض الذي يصدر عن النائب العام فيما لإضافة إلى الإختصاص الأصلي المخول للنائب العام أجاز له المشرع أن يفوض غيره من المحامين العامين ولم يعد الإختصاص مقصور على المحامين العامين الأول فقط بل شمل المحامين العامين أيضاً .

وقد قصر المشرع هذا الإختصاص للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين لكشف الحقيقة في جريمة

وبهذه المناسبة قد تثار بعض الأسئلة ، منها هل إذا تقدم البنك بشكوى ضد أحد العملاء مبنياً فيها بيان حساباته وأرصده إلى المدعي العام الإشتراكي . هل يكون البنك خالف إلتزامه بالمحافظة على سرية الحسابات ؟ .

ذهب البعض إلى أن جهاز المدعي العام الإشتراكي يعتبر من الأجهزة الإدارية ولذلك يتطلب الأمر قبل التقدم بهذه الشكوى أو البلاغ الحصول مقدماً على إذن أو تصريح من العميل قبل التقدم بالشكوى أو البلاغ على حق البنك فى إبلاغ الجهات الإدارية - بأرصدة المديونية .

إلا أننا نرى أنه قيل أن ترد على هذا السؤال يجب أن نتعرض لطبيعة الأعمال الصادرة عن المدعي العام الإشتراكي . وما إذا كانت الأعمال التى تصدر منه أعمالاً قضائية أو أعمالاً إدارية .

وقد نظم أعمال المدعي العام الإشتراكي نصوص القسانون ١٩٧١/٢٤ وتعديلاته حتى القسانون ١٩٨٠/٩٥ ومن أهم إختصاص المدعي العام الإشتراكي :-

١- له كافة سلطات التحقيق المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية وذلك بمناسبة تحقيق أي دعاوى أو بلاغات قبل تقديم دعوى الحراسة إلى محكمة القيم .

٢- التحفظ على الأموال بالأمر من المنع من التصرف فى أموال الأشخاص أو إدارتها وإتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال وإدارتها .

٣- التحفظ فى مكان أمين على الأشخاص الذين يأتون بأفعال مخرقة بأمن الدولة والمصالح الاقتصادية الاشتراكية للمجتمع مع عرض الأمر بالتحفظ على محكمة الحراسة .

فإذا أدلى البنك بمعلومات أو بيانات عن الحسابات التى ليست مشار نزاع متخبطاً ممارسته لحق الدفاع المخول له قانوناً يعد إقشاة من جانب البنك يرتب المسؤولية الجنائية والمدنية المنصوص عليها فى أحكام هذا القانون .

ولذلك يجب أن يقتصر البنك فى كشف سرية الحسابات بمناسبة نزاع قضائي على المعاملات التى يشور بشأنها النزاع فقط دون التطرق إلى غيرها وبالقدر اللازم لإثبات حقه حسب طبيعة الإلتزام والنزاع .

الثاني : يجب أن يقتصر الإقشاة على العميل المشار به النزاع فقط :

أما القيد الثاني على حق البنك فى إقشاة سرية الحسابات بمناسبة نزاع قضائي هو أن يقتصر إقشاة البنك لسرية الحسابات بمناسبة ممارسة حقه فى الدفاع على المعلومات المتعلقة بالعميل الذى نشأ النزاع معه فقط دون أن يتطرق البنك فى دفاعه إلى حسابات أو معاملات عملاء آخرين .

فإذا كشف عن حسابات أو معاملات عميل آخر فى نزاع ليس العميل الآخر طرفاً فيه فإنه يكون قد أفشى سرية الحسابات ويرتب مسئولية طبقاً لأحكام هذا القانون . وعليه يكون حق البنك فى ممارسة حقه فى الدفاع وإقشاة سرية حسابات العميل بمناسبة نزاع قضائي بينه وبين العميل مقيدة بقيدتين كما سلف البيان الأول هو أن يجب أن تتعلق البيانات أو المعلومات التى يفشيها البنك بالحساب المشار بشأنه النزاع فقط دون التطرف إلى الحسابات أو المعاملات الأخرى .

وكذا يجب أن يكون إقشاة السرية عن ذات العميل دون التطرق إلى المعلومات أو البيانات عن عميل آخر وذلك لأن عدم مراعاة هذين القيدتين فى ممارسة حق البنك فى الدفاع عن أمواله بمناسبة نزاع قضائي قد يوقعه تحت طائلة المسؤولية المنصوص عليها فى أحكام هذا القانون .

أعمال المدعي العام الاشتراكي على المحكمة الإدارية العليا فقالت :

« من حيث أنه يبين من النصوص المتقدمة أنه إلى جانب الاختصاصات التي يباشرها المدعي العام الاشتراكي بوصفه سلطة تحقيق وإدعاء أمام محكمة القيم فإنه يمارس نوعاً آخر من الاختصاصات تدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية ويكون له بمقتضاها حق الاعتراض على أسماء المرشحين لعنوية المجالس الشعبية أو الرئاسية أو عضوية الجهات الأخرى المشار إليها في المادة ٣ من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ » (٣) .

وبذلك يتضح من هذه الأحكام أن أعمال المدعي العام الاشتراكي يمكن قياسها على الأعمال التي تقوم بها النيابة العامة بحيث تعتبر الأعمال التي تتصل بالدعوى أمام محكمة القيم أو محكمة القيم العليا أي تلك التي تتصل بإجراءات التحقيق والإتهام وما يتخذ من قرارات في هذا الشأن . . أعمال قضائية تخرج عن دائرة رقابة المشروعية التي يختص بها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري ويخرج عن نطاق هذه الأعمال القضائية جميع الأعمال التي تصدر من المدعي العام الاشتراكي بإعتباره هيئة إدارية كإدارة أموال فرضت عليها الحراسة أو التحفظ أو الاعتراض على أحد المرشحين لعنوية المجلس أو الجمعيات أو لتولي وظيفة قيادية (٤) .

(١) راجع في ذلك مضبط مجلس الشعب . الجلسة السابعة والعشرون في ١٩٧٥/١/٢٣ .

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٩/١٠٧١ ق .

(٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٧٦ ، ٤٧٧ / ٣ / قضائية .

(٤) راجع في ذلك المذكرة عن أعمال السلطة القضائية للأستاذ الدكتور / رمزي الشاعر طبعه ١٩٩٠ م ١٩٨ ، ١٩٨٠ .

٤- إحالة دعوى طلب الحراسة إلى محكمة القيم ومباشرة الإدعاء أمام المحكمة .

٥- جرى العرف على أن يتولى المدعي العام الاشتراكي فحص نشاط بعض أجهزة الدولة أو القطاع العام بناء على تكليف من مجلس الشعب (١) .

٦- حق الجهاز في الاعتراض على أسماء المرشحين للنقابات أو المجالس الشعبية .

ولما كانت اختصاصات المدعي العام الاشتراكي بعضها يغلب عليه الطابع القضائي وبعضها يغلب عليه الطابع الإداري ولذلك تعرض القضاء لتحديد طبيعة أعمال المدعي العام الاشتراكي .

فقد ذهبت محكمة إستئناف القاهرة في حكم لها في ١٩٧٩/٤/٢٨ إلى أن جهاز المدعي العام الاشتراكي هيئة قضائية وليست سلطة إدارية تنفيذية ومن ثم فإن قراراته تعد قرارات قضائية . واستندت المحكمة في ذلك إلى أن القانون المنظم للمدعي العام الاشتراكي يستفاد منه صراحة إضافة الصفة القضائية على هذا الجهاز .

وقد ذهبت كذلك محكمة القضاء الإداري في تحديد طبيعة أعمال المدعي العام الشتراكي في حكمها الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٨٥ إلى أن إجراءات التحقيق التي يتخذها ويقوم بها المدعي العام الاشتراكي لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية وإنما هي إجراء قضائي يتولاه المدعي العام الاشتراكي في نطاق السلطة المخولة بموجب القانونين ٩٥ لسنة ١٩٨٠ ، ١٩٧١/٣٤ ونظراً للطبيعة القضائية لهذا الإجراء فإن الظن في القرارات الصادرة منه يخرج عن نطاق ولاية هذه المحكمة ويقتضي الأمر الحكم بعدم اختصاص بنظر الدعوى (٢) . وعلى ذلك فقد إنتهت محكمة القضاء الإداري إلى أن أعمال المدعي العام الاشتراكي أعمال قضائية .. ولقد عرض لتحديد طبيعة

آخر أو ما شابه ذلك وعلى ذلك إذا طلب المستفيد في الشيك شهادة بأسباب رفض الشيك فعلى البنك أن يعطيه هذه الشهادة دون أن يرفض متزجراً بالتزامه بالسر المصرفي .

كما أنه إذا أعطى البنك للمستفيد في الشيك شهادة بأسباب رفض الشيك لا يجوز للعميل أن يرجع على البنك بأنه كشف عن سرية الحسابات لأنه هو الذي أصدر الشيك على البنك ووجه حامل الشيك إلى هذا البنك بالذات لوجود حساب له طرفه والشيك هو أمر من الساحب إلى البنك المسحوب عليه بصرف مبلغ من المال إلى المستفيد في الشيك والبنك ينفذ أمر عميله وعليه فإذا لم يكن الحساب يكفي لصرف قيمة الشيك على البنك أن تقتصر إفادته على هذا السبب دون التطرق إلى باقي حسابات ومعاملات العميل مع البنك .

المبحث التاسع

حق الجهاز المركزي للمحاسبات في الإطلاع على الحسابات

بتاريخ ١٩٩٤/١/٣ أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بأن أحكام القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك لا تُخِلُّ بإختصاص الجهاز المركزي للمحاسبات بالرقابة المالية طبقاً للمادتين (٣) ، (٦) من قانون الجهاز الصادر بالقانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ على بنوك القطاع العام . . والتي يساهم فيها شخص عام أو شركة من شركات القطاع العام أو بنك من بنوك القطاع العام بما لا يقل عن ٢٥٪ من رأسمالها .

وقد أسست الجمعية العمومية فتواها على أساس القانون ١٩٩٠/٢٠٥ ذاته نص في مادته السادسة فقرة (١) على أن لا تُخِلُّ أحكام هذا القانون بما يأتي :-

وعلى ما تقدم يتضح أن أعمال التحقيق والإدعاء التي يقوم بها المدعي العام الاشتراكي اعتبرها القضاء أعمالاً قضائية وبذلك فإن تقدم البنك لهذه الجهة لتحقيق مديونية عميل للتحفظ عليها لمساس هذا العميل بالمصالح الاقتصادية يعتبر بالنسبة للبنك إثارة هذا النزاع أمام جهة قضائية وبالتالي لا يعتبر إفشاء لسرية حسابات العميل هذا في رأينا الشخصى حسب ما تقدم من أدلة وأحكام قضائية معتبرة قرارات المدعي العام الاشتراكي قرارات قضائية في التحقيق والإدعاء والتحفظ .

المبحث العاشر

الإفشاء كطلب المستفيد في الشيك

تنص المادة السادسة من القانون ١٩٩٠/٢٠٥ على أن :

« لا تُخِلُّ أحكام هذا القانون بما يأتي : -

١-

٢- إلزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناءً على طلب صاحب الحق .

من الإستثناءات التي نص عليها القانون سالف الذكر هو حق البنك في إعطاء المستفيد في الشيك بناءً على طلب صاحب الحق وفقاً للقانون والأعراف المصرفية المعمول بها بشهادة بأسباب عدم صرف الشيك .

ويجب أن تكون الشهادة الصادرة من البنك لصاحب الحق في صرف الشيك مقتصرة على أسباب عدم صرف الشيك دون التطرق إلى بيانات عن الحساب أو عن صاحب الحساب أو معاملاته مع البنك . فلا يجوز أن يعطى البنك بيانات الحساب طالما أن الحساب لا يكفي لصرف الشيك أو أن يشير البنك للعميل حساب

١- الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالإختصاصات المخولة قانوناً لكل من البنك المركزي المصري أو وزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية .

فضلاً عن أن المادة (٦) من قانون الجهاز المركزي سالف البيان أجازت لرئيس الجهاز تعيين مراقبي حسابات من خارج النطاق الحكومي لبنوك القطاع العام وبعض شركاته ولم تفصح المادة السادسة صراحة أو ضمناً عن أن الجهاز بهذا التعيين يزيل عنه وصفه كمرقب للحسابات بموجب هذا القانون ولا بأنه بهذا التعيين يفقد صلاحيته حيث أن مراقبي الحسابات يستمد ولايته من الجهاز كصاحب إختصاص أصيل بالرقابة من غير حجب لهذا الإختصاص أو إخلال به وقد عقد لهذا الجهاز سلطة التعقيب على تلك التقارير بتقارير تعرض جنباً مع تقارير الجهات على الجمعيات العمومية للبنوك وأن القانون ١٩٩٠/٢٠٥ لم يغير منه شيئاً من الذي اضطرد عليه أحكام المادة (٦) من قانون الجهاز كما أستظهرت الجمعية العمومية أن المشرع أكد منه على الدور الرقابي للجهاز حيث أستهل نص المادة (٢٥) من القانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ عند تعديله بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ والذي أسند مراجعة حسابات البنوك لمراقبي حسابات يتم إختيارهم من السجل المعد لذلك حيث احتوت المادة على عبارة « مع عدم الإخلال بأحكام قانون الجهاز المركزي للمحاسبات » وذلك حتى لا تثور شبهة أنه لا ولاية للجهاز في الرقابة على البنوك المذكورة طالما أسندت مراجعة حساباتهم لمراقبين من بين من يزاولون المهنة من خارج النطاق الحكومي . . وبالنظر إلى أن ثمة إستقلالاً واضحاً بين الدور المعهود لكل منهما فلا يجب إختصاص مراقبي المحاسبات - إختصاص الجهاز .

ولذلك ارتأت الجمعية العمومية لمجلس الدولة بقسمي الفتوى والتشريع أنه ليس من شأن السرية التي فرضها القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ الإخلال بالواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وكان الجهاز يؤدي دوره الرقابي المعهود له بموجب قانونه بالنسبة لبنوك القطاع العام والبنوك التي تندرج في عداد الشركات المحددة بنص المادة ٣/٣ من القانون ذاته بوصفه مراقباً للحسابات حتى ولو عين الجهاز لها مراقبين حسابات من خارج النطاق الحكومي

وبالتالي فليس من شأن السرية المحيولة بين الجهاز وممارسة سلطته إذ يبقى للجهاز إحتفاظه بحق في الإطلاع على أوراق وبيانات ومستندات تلك البنوك التي تكفل له دوره مع إلتزامه بالسرية .

وانتهت الجمعية إلى أن هذه الرقابة المستندة للجهاز تحقق الإلتضباط المالي لقطاع البنوك وقفل ضمانه لحقوق أصحاب الحسابات والودائع والخزائن وليس فيها إخلال بالسرية التي يحظر على الجهاز بإعتباره مراقباً للحسابات الكشف عنها أو الخروج عن مقتضياتها^(١).

فما تقدم يتضح أن من حق مراقبي حسابات الجهاز المركزي للمحاسبات الإطلاع على سجلات وحسابات البنوك طبقاً للقانون وفتوى مجلس الدولة . .

وفي حالة إخلال مندوبى الجهاز المركزي أو مراقبيه بسرية الحسابات أو إقشاء سرية حسابات أي عميل بحق له مقاضاته والرجوع على الشخص الذى أفشى السرية وعلى الجهاز نفسه بالتصويض طبقاً لما هو مستقر عليه من مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .

ناهيك عن محاكمته جنائياً طبقاً لنص المادة السابعة من القانون ١٩٩٠/٢٠٥ وتوقيع عقوبة الحبس والغرامة في حالة إقشائه للسرية ومخالفته لنص المواد الأولى والثانية والخامسة من هذا القانون .

(١) راجع في ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادرة بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٤ برقم ٧٤/١/١٦ .

الفصل الثاني

الجزاء المترتبة على إخلال البنك بالمحافظة على سرية حسابات عملائه

بعد أن عرضنا إلى محل إلزام البنك لسرية الحسابات من حيث نطاق هذا الإلزام سواء أثناء تشغيل الحساب أو بعد إقفاله وبيناً الأشخاص المتزمين بالسرواء كانوا من موظفي البنك أو من غير موظفي البنك والذين يحصلون على معلومات أو بيانات عن الحسابات بحسب طبيعة عملهم أو مهنتهم وبيناً الإستثناءات التي نص عليها القانون والتي تعطي الحق للبنك في إفشاء السرية دون أن يترتب على ذلك إخلال بالمسئولية .

بقى أن نوضح الجزاءات التي تترتب على إخلال البنك بواجب أو إلزام المحافظة على سرية حسابات عملائه بادئين ببيان الأساس القانوني لهذا الإلزام ثم نوضح في البحث الثاني المسئولية المدنية عن تعريض الأضرار وفي البحث الثالث المسئولية الجنائية والعقوبة الجنائية المترتبة على الإفشاء .

البحث الأول

أساس المسئولية عن إفشاء الأسرار^(١)

قدمت أفكار عديدة كأساس لمسئولية البنك عن إفشائه الأسرار ومن أبرزها -

أولاً : فكرة المسئولية العقدية :-

عن الإخلال بالتزامات البنك بإعتباره مودعاً لديه بإعتبار أن السر وديعة لديه ويوجد هذا الرأي في المادة ٣٧٨ عقوبات فرنسي (وفي المادة ٣١٠ عقوبات مصري) سنأخذ إذ أنهما تتصان على أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو التوابل أو غيرهم مودعاً لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أوئتمن عليه فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون

فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيهاً ... الخ .

فهذا النص يستخدم كلمة الوديعة للتعبير عن الأسرار التي يؤاخذ القانون على الإفشاء بها ولا شك في أنه من التجاوز إعتبار السر وديعة ، وأن العقد بين البنك والعميل عقد وديعة لأنه لا يجوز أن يكون وديعة إلا المنقول المادي وهذه النصوص الجنائية تستخدم لفظ الوديعة في معنى غير معناه القانوني وإذا قبلنا هذا التجاوز بالنسبة إلى الأمور التي يعهد بها العميل إلى البنك بإعتبارها سرّاً . فإنه لا يمكن إعتبار الأمور التي تصل إلى علم البنك مباحة أو عرضاً عن غير طريق العميل نفسه من قبيل الوديعة ومن ناحية أخرى لا يلتزم من أودع لديه سرّاً وعلم به أن يرده علناً إلى صاحبه كما يفعل المودع لديه^(٢) ولذلك وجه النقد لهذه الفكرة .

ثانياً : فكرة المسئولية العقدية عن الإخلال بالتزام ضمني متعلق بالسرية :

لا يحدد القائلون بهذا الرأي أي نوع من العقود هو المقصود فسواء قبل أن العقد إيجار خدمات أو وكالة أو عقد غير مسمى فإنه أياً من هذه العقود لا ينعقد إلا تحت شرط صريح أو ضمنى ألا يقضي الأمين إلى أحد بالسر الذي عهد به إليه^(٣) ويهدف هذا الرأي إلى القول بإمكان رفع صفة السرية بإرادة الأطراف فسادت السرية قد أنشئت بإرادة الأطراف فإن الإلتزام بها يمكن أن يختفي بإعلان عن الإرادة مضاد للإرادة السابقة .

وقد هوجمت هذه الفكرة على أساس أن إفشاء الأسرار وإن كان يمس مصالح الأفراد إلا أنه ليس هذا هو السبب في أن المشرع يجرم الإفشاء إذ أن المشرع

(١) راجع في ذلك موسوعة أعمال البنك - الجزء الأول - للأستاذ الدكتور

مضى الذين إسماعيل علم الدين ص ١٤٣ حتى ١٤٦ .

(٢) هنريون ص ٤٦ . جارسون ج ٢ ص ٥١٦ .

(٣) جارسون ج ٢ ص ٥١٦ ، ٥١٧ . شارماتيه ص ٢٢٥ .

العقد . . فإذا كانت هناك مفاوضات بين البنك والعميل للتعاقد وقطعت ولم يتكون العقد فإنه قد يكون هناك محل لإعتبار البنك مخطئاً طبقاً لهذه النظرية ولكنه يرى مع ذلك أن الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد لا يتسنى إلا إذا أخذنا بفكرة وجود شرط ضمني يتعلق بالسرية .

وفكرة الخطأ عند تكوين العقد بعيدة عن أن تنطبق في الحالة التي يشير إليها هنريون حتى مع افتراض الشرط الضمني المتعلق بالسرية ذلك أن هذه النظرية على ما لها من عيوب تخص الحالات التي يكون سبب البطلان فيها أتياً من جانب أحد المتعاقدين فتعتبره مسئولاً عن هذا البطلان وتحجازه على ذلك بأن يعرض الطرف الآخر عن المصلحة السلبية التي فرتها عليه بالتسبب في إبطال العقد^(١) . وهذا غير متوفر في حالة قطع المفاوضات - فالمفاوضات ليست عقداً بالإضافة إلى أن الحالات التي يكون فيها العقد بين البنك والعميل باطلاً لا تحتاج إلى الإلتجاء إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تتسع لهذه الفروض وتخلو المضروور حقاً أوفر في التعويض عن كل الضرر الذي أصابه سواء فيه المصلحة الإيجابية أو المصلحة السلبية .

خامساً : فكرة المصلحة الاجتماعية أو المصلحة العامة :

يرى الأستاذ الدكتور /محي الدين إسماعيل علم الدين أن فكرة المصلحة الاجتماعية أو المصلحة العامة تصلح أساساً قانونياً لسر المهنة من الناحية الجنائية . أما من الناحية المدنية فإن المسؤولية عن الضرر تقوم على أساس العقد إذا كان ثمة عقد . . وعلى أساس

لم يجرمه إلا لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك . فالتجريم هدفه صيانة المصلحة العامة أكثر منه صيانة المصلحة الخاصة وتدل دراسة الأحكام الحديثة للقضاء في فرنسا على ميل متزايد نحو فكرة الجريمة الاجتماعية واستبعاد فكرة الجريمة الخاصة .

ثالثاً : فكرة سر المهنة من النظام العام :

يتجه القضاء الفرنسي إلى إعتبار سر المهنة متعلقاً بالنظام العام بالنسبة إلى مهنة الطب خاصة . . واتجه إليه التطور نحو إعتبار سر المهنة مطلقاً بالنسبة إلي الأطباء^(١) ولكن شارمانتييه يلاحظ أن هذا يتعارض مع إمكان رفع قيد السرية للأسباب التي قررها القانون أو إستحداثها القضاء . . ولذلك يرى أن فكرة النظام العام في نطاق سر المهنة فكرة نسبية وثانوية . . ويبني على هذا رأيه في الموضوع وهو أن أساس سر المهنة عقد غير مسمي يحميه نص جنائي متعلق بالنظام العام بصفة ثانوية .

ويرى جارسون أن عيب الآراء المتقدمة كلها هو أنها تريد أن تخضع لمبدأ واحد - أسرار مهنة جدد مختلفة وطبيعتها وخصائصها جدد متباينة - فليست أسباباً واحدة هي التي تبرر سرية الإعتراف أو سر مهنة الطب أو سرية الدفاع أو سرية الأعمال القضائية أو سرية أعمال التوثيق أو سرية أعمال السماسرة أو سرية المراسلات أو الأسرار الدبلوماسية والسياسية والعسكرية فالمصلحة الاجتماعية موجودة كأساس لكل منها ولكن بينما تظهر المصلحة الخاصة واضحة في بعضها ولا يمكن غض النظر عنها إذا بها تختفي في البعض الآخر^(٢) .

رابعاً : نظرية الخطأ عند تكوين العقد :

وقد حاول هنريون في الحالات التي لا يوجد فيها عقد بين البنك والعميل أن يوجد أساساً جديداً تستند إليه مسئولية البنك . ففكر في نظرية الخطأ عند تكوين

(١) شارمانتييه ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(٢) جارسون ج ٢ ص ٥١٧ .

(٣) انظر السهوري ، الوسيط الجزء الأول ، ص ٥٥٥ - ٥٥٦ .

البنك المركزي المصري ... والمصلحة العامة هي دائماً مستهدف المشرع الجنائي .. ولتتمسك ذلك فى نصوص القانون ١٩٩٠/٢٠٥ بشأن سرية الحسابات .

المبحث الثاني المسؤولية المدنية عن تعويض الأضرار نتيجة الإفشاء

بعد أن وضعنا فى المبحث السابق أن الأساس المدني فى التزام البنك بالتعويض عن الأضرار التى تلحق بالعميل نتيجة إخلال البنك بالالتزام بالمحافظة على سرية حسابات عميله وإفشاء سرية حساباته تكمن فى العرف المصرفى والعقد المبرم بين البنك والعميل.

وفى العرف المصرفى وقواعد المسؤولية التقصيرية فى حالة عدم وجود عقد بين البنك والعميل .

والمعروف أن عناصر المسؤولية المدنية ثلاثة سواء كان المسؤولية ناجمة عن إلتزام عقدي أو عن خطأ تقصيري .

ولما كان أساس الإلتزام هو العقد أو الخطأ .
التقصيرى ، ولذلك سوف نوضح أركان المسؤولية المدنية العقدية ثم أركان المسؤولية التقصيرية كأساس لإلتزام البنك بالإخلال بالمحافظة على سرية حسابات العميل .

(١) أركان المسؤولية العقدية والجزاء المقررة على مخالفتها :-

أولاً: أركان المسؤولية العقدية :-

(١) الخطأ العقدي :

يمكن تعريفه بأنه الإخلال بالالتزام أو واجب فرضه العقد .

المسؤولية التقصيرية إن لم يكن هناك عقد كما فى مشروع عقد لم يتم أو عقد أبطل ووصلت إلى البنك أسرار العميل بمناسبته فأقضى بها .. أو إذا كانت دعوى التعويض مقامه ضد موظف البنك الذى وقع الفعل منه .. إذ أن العميل لا يرتبط بعقد مع هذا الموظف وفى حالة مسالة الموظف تقوم مسؤولية البنك إلى جانب مسؤولية الموظف على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه إذ أن من الواضح أن إفشاء الموظف للأسرار إنما كان بسبب وظيفته بمعنى أنه لولا كونه موظفاً بالبنك لما حصل على هذه الأسرار ولما استطاع بالتالي ارتكاب الخطأ بالإفشاء بها .

الخلاصة :

أننا لا نشايح النظرية الأخيرة على إطلاقها بل أننا نجد أن أساس المسؤولية المدنية فى التعويض عن عملية الإفشاء بأسرار العملاء تقوم على أساس العرف المصرفى وفى العقد المبرم بين البنك وعميله إذا وجد ونص على هذا الإلتزام صراحة أو إذا اعتبر أثر من آثار العقد المصرفى .

أما إذا لم يكن هناك عقد مصرفى بين البنك والعميل فإننا نجد أن أساس مسؤولية البنك تكمن فى العرف المصرفى والمسؤولية التقصيرية وقواعدها المنصوص عليها فى القانون المدنى .

أما من حيث الأساس الجنائي لحماية أسرار العملاء فإننا نجد أن أساسها الجنائي يكمن فى المصلحة الإقتصادية والمصلحة العامة وذلك يتضح من مسلك المشرع المصري من حذوه حذو التشريعات المقارنة الأجنبية والعربية من سعيه إلى حماية أسرار العملاء والمحافظة عليها منتفياً المصلحة الاقتصادية والمصلحة العامة بجذبه رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية وتشجيع استثمار وإدخار هذه الأموال لدى البنوك المعتمدة لدى

ويستوى أن يكون الضرر الذي يلحق بالعميل حالاً أي بمجرد الإفشاء أو أن يكون الضرر مستقبلاً .

ويقع عبء إثبات الضرر طبقاً للقواعد العامة على مدى الضرر وهو الدائن الذي يرفع دعوى المسؤولية .

(ج) علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر :

لا يكفي الخطأ العقدي والضرر .. بل يجب أن يكون خطأ البنك هو السبب المباشر للضرر الذي لحق بالعميل وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية ويقع عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الذي لحق بالعميل على العميل مدعى إخلال البنك بالإلتزام بالمحافظة على السرية .

والواقع أن إثبات علاقة السببية من المسائل السهلة الإثبات وذلك بقرائن وبراهين الحال حيث تكون في الغالب القرائن واضحة .

وعلى البنك أن يتفي علاقة السببية عن طريق السبب الأجنبي فقد يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة أو حادث فجائياً أو خطأ العميل نفسه وقد يكون خطأ من الغير وقد يكون إفشاء البنك بسرية الحسابات أو الدوائع طبقاً لإستثناء من الإستثناءات التي نص عليها القانون ١٩٩٠/٢٠٥ وتعديلاته ..

ثانياً : الجزء على مخالفة الإلتزام العقدي :

تقضي القرة الملزمة للعقد بوجوب تنفيذ ما إلتزم به كل طرف من أطرافه والأصل أن يقوم كل طرف متعاقد بكل ما إلتزم به وما هو من مقتضيات العقد .

فإذا أخل أي من طرفين بالإلتزام جاز للطرف الآخر أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ الإلتزام عينياً فإذا كان تنفيذ الإلتزام عينياً مستحيل جاز التنبؤ بطريق التعويض طبقاً لنص المادة ٢١٥ مدني .

فإذا كان ثمة عقد صحيح بين البنك والعميل فإن البنك يلتزم بالإلتزام ضمناً بموجب هذا العقد ألا يغشي أسرار هذا العميل ويحافظ عليها ويكون إفشائها من جانب البنك أو أي من تابعيه بمثابة خطأ عقدياً .

والخطأ العقدي قد يكون عمدياً بأن يعتمد أحد موظفي البنك أن يغشي سرية حسابات أو ودائع العميل للغير بقصد الإضرار به .

وقد يكون الخطأ العقدي غير عمدي كإهمال بأن يطلب أحد الأشخاص بياناً بحسابات أحد العملاء ويعطيه إليه موظفي البنك دون التحقق من شخصيته ثم يتضح أنه ليس العميل صاحب الحساب .. أو أن يطلب أحد الأشخاص رصيد حساب أحد العملاء بالتليفون ويوافيه أحد موظفي البنك برصيد الحساب دون أن يتأكد من أنه هو العميل صاحب الحساب ويترتب على ذلك ضرر للعميل صاحب الحساب ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي على المدعي رافع دعوى المسؤولية طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .

(ب) الضرر :

وهو يعرف بأن يلحق العميل ضرراً نتيجة إخلال البنك بالإلتزامه بالمحافظة على سرية حسابات وودائع عملائه كأن يترتب على إفشاء البنك لسرية حساب العميل أضراراً مادية أو أضراراً أدبية أو ضرراً حالاً أو مستقبلاً .

فقد يكون الضرر مادياً إذا أفشى البنك سرية حسابات عميله وكان الغير سوف يقرض هذا العميل مالياً ويتعامل معه ولما علم ما أفشاء البنك إمتنع عن إقرضه أو رفض التعامل معه .. أو أن يترتب على إفشاء السرية أن يقوم الغير بتوقيع حجز على العميل أو يلحق بالعميل ضرراً أدبياً ، كأن يترتب على عملية الإفشاء إلتقيل من وضعه المالي وإصابة العميل في شخصه وإعتباره بازدراته في محيطه الذي يعمل فيه أو يُحبط من منافسته لمنافسيه في مجال تجارته .

التقديرية مادام هذا الإستخلاص سائغاً ومستعداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى (١).

ركن الخطأ :-

الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين الركن الأول هو الركن المادي وهو التعدي أو الإلتحاف عن السلوك المألوف والركن الثاني هو الركن المعنوي وهو الإدراك .

(١) الركن الأول : (الركن المادي - التعدي) :

هو إنحراف الشخص بسلوكه عن السلوك المألوف وقياس التعدي هو مقياس مجرد دون المقياس الشخصي بمعنى أن يقاس سلوك الشخص بعد تجربته من ظروفه الشخصية وهو الشخص العادي من جمهور الناس فهو موظف البنك العادي المجرد من ظروفه الشخصية والذي يمثل عامة الموظفين العاديين وليس خارق الذكاء أو حامل الهممة .

(٢) الركن الثاني : (الركن المعنوي - الإذراء) :

حتى يكون الشخص مسئولاً مسؤولية تقصيرية عن أعماله يجب أن يكون عيماً . فإذا كان عديم الإدراك لا يجوز مساءلته ويجب مسائلة المسئول عنه قانوناً .

وفي حالة النية تقع المسؤولية على عاتق الأصيل ولا يكون النائب مسئول قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود نيابته فإذا لم يرتكب مثل هذا الخطأ لم يكن مسئولاً حتى لو أصاب الغير بضرب من تنفيذ نيابته والأساس في ذلك هو حلول إرادة النائب كأثر للنيابة محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه (٢) .

وتطبق ذلك على العقود المصرفية في حالة إخلال البنك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء فنجد أنه ليس من المتصور أنه بعد إنشاء البنك بالسرية إلى الغير وقد ترتب على ذلك ضرر للعميل أن يقوم البنك بتنفيذ إلتزامه عينياً ، بل أن المتصور هنا أنه إذا لحق العميل ضرر نتيجة عملية الإفشاء أن يرجع على البنك أو الموظف بالتعويض متضامين أو يرجع على أي منهما وإذا رجع على البنك يمكن للبنك أن يرجع على الموظف المخطئ ، بالتعويض المدفوع للعميل .

(ب) أركان المسؤولية التقصيرية والجزاء المترتب عليها ومسئولية المتبوع عن التابع :

(أ) أركان المسؤولية التقصيرية :-

تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني على أن :-
« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض ... »

ويتبين من هذا النص أن أركان المسؤولية التقصيرية

(أ) الخطأ (ب) الضرر (ج) علاقة السببية

(١) الخطأ :

وتعريف الخطأ كما إستقر عليه الفقه والقضاء هو الإخلال بالإلتزام أو واجب قانوني سابق ... والإخلال بالإلتزام القانوني الذي بعد الإخلال به خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية هو في الغالب الإلتزام ببذل عناية وهو ضرورة أن يلتزم الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضرب بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك كان هذا الإلتحاف مستوجب للمسئولية التقصيرية .

والمستقر قضاءً أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو ما يدخل في حدود سلطة قاضي الموضوع

(١) راجع في ذلك الطعن بالتقاضي المدني في ١٩٨٩/١١/٢٩ في الطعن رقم ٢٠٨٧ لسنة ٥٥ هـ .

(٢) تقضى مدني ١٩٨١/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٤٢ هـ .

لسييارته أدى إلى كشف سرية حسابات العميل في هذه الحالة يتوافر الخطأ التقصيري في جانب موظف البنك وفي كل الأحوال لا يكون هناك عقد بين البنك والعميل وذلك حتى تنهض المسؤولية التقصيرية أما إذا كان هناك عقد كما سبق فإن الموظف أو البنك يكون قد أحل بالتزام عقدي .

(ب) عنصر الضرر :-

هو العنصر الثاني للمسئولية التقصيرية وقد يكون الضرر مادياً وقد يكون أدبياً .

أولاً : الضرر المادي :

هو أن يؤدي إخلال البنك بالتزامه بالسرية وإفشاء سرية حسابات عميله إلى الإخلال بمصلحة مادية للعميل أي يجب أن تؤدي عملية الإفشاء إلى إلحاق أضرار مادية محققة للعميل . . كأن يفشي البنك بيان في الصحف عن أرصدة عميل أو يبلغه للغير ويترتب على ذلك إحجام البنوك الأخرى عن إقراض هذا العميل إستناداً إلى هذا النشر أو أن يطلع منافسه على أرصدته طرف البنك يؤدي ذلك إلى معرفة أحواله المالية أو أن تؤدي عملية الإفشاء إلى قيام الغير بالحجز على أرصدة العميل والعبرة بالضرر المحقق وقت الحكم بالتعويض فلا عبرة بالضرر المستقبل أو المحتمل .

ثانياً : الضرر الأدبي :-

والضرر الأدبي هو ما يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه . وقد أصبح الإجماع متعقد في الفقه والقضاء على مساواة الضرر الأدبي

وفي هذا المقام فإن موظف البنك في الغالب الأعم كامل الإدراك ومسئول عن تصرفاته الشخصية لما له من مؤهلات علمية وشخصية تكون أساس في اختياره عند التعيين . ولذلك فعنصر الإدراك والتمييز متوافر لدى الموظف القائم بالعمل المصرفي فإذا قام بعملية الإفشاء فإنه يكون مدرك لتصرفه وما يترتب عليه .

الإدراك في الشخص المعنوي :-

لما كان بحثنا ينصب على المسؤولية الناتجة عن إخلال البنك وموظفيه بالتزام المحافظة على سرية حسابات العملاء فكان لزاماً أن نتعرض لمدى إدراك الشخص المعنوي لأعماله ومسئولته عنها ولذلك سوف نتعرض بإختصار شديد لهذه الجزئية .

المبدأ المستقر عليه في القضاء والفقه في مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثوه عند القيام بإدارة شئونه (١) .

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية المتبوع عن التابع فتصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه (٢) .

هذا وتتحقق مسؤولية الشخص المعنوي العام (الدولة) في مصر على النحو الذي تتحقق به مسؤولية الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة وقواعد المسؤولية التقصيرية واحدة للفريقين (٣) .

مما تقدم يتضح أن الخطأ المتصور هنا هو إنحراف سلوك موظف البنك عن سلوك الموظف العادي المعتزم بالسلوك المهني بقيامه بإفشاء سرية حسابات أو ودائع أو أمانة أو خزائن أحد العملاء . وهو في كامل إدراكه ودون أن يكون هناك سبب أجنبي كحريق أو تصادم

(١) تقضى مدنى ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة الكتب الفنى ١٥ ص ٨٦٨ .

(٢) انظر في ذلك المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية د/ ابراهيم على صالح رسالة ١٩٨٠ . نفلاً من المجرى في النظرية العامة للالتزامات للأشخاص / عبد المنعم حسنى الحامى ص ٨٣ ، ٨٤ .

(٣) تقضى مدنى فى ١٩٩٠/٥/٦ الطعن رقم ٢٧٥٣ لسنة ١٩٩٠ ق ٥٨ .

فيجب أن يكون خطأ الموظف أو البنك بإفشاء سرية حسابات أحد العملاء هو الذي أدى إلى إلحاق الأضرار المادية أو الأدبية بهذا العميل أي أن يكون هذا الخطأ هو السبب المنتج المؤدي إلى وقوع الضرر لعميل البنك صاحب الحساب .

نخلص من ذلك إلى أن الأضرار المباشرة هي التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . . أما الأضرار الغير مباشرة فتتقطع علاقة السببية بين الخطأ أو الضرر .

إثبات علاقة السببية :

استقرت آراء الفقهاء وأحكام النقض على أن رافع دعوى المسؤولية هو الملتزم أن يثبت أركان المسؤولية جميعاً بما فيها رابطة السببية^(١) وعلى المستول (البنك) أن يثني رابطة السببية بالسبب الأجنبي وهو إذن .

١- القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء .

٢- خطأ المضرور .

٣- خطأ الغير . ونعرض لهذه الأسباب بإختصار .

١- القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء :-

وهو أن يحدث قوة القاهرة أو حادث فجائي يستحيل توقعه أدى إلى أن البنك قد كشف أو أفشى أو أفشى سرية حسابات أحد العملاء كحريق أو زلزال وتهدم مبنى البنك وظهر سجلات البنك للغير أدى إلى معرفة أسرار عملائه فإذا أثبت البنك أن الإفشاء كان نتيجة لقوة القاهرة أو حادث فجائي إستحال على البنك توقعه تتقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق العميل .

بالضرر المادي من حيث مبدأ إيجاب التعويض ومدى التعويض عنه وقد نصت على ذلك المادة ٢٢٢ مدني من أن يشمل التعويض الضرر الأدبي .

والضرر الأدبي قد يكون لعميل البنك الذي لحقه ضرراً أدبياً أثر على إعتباره أو شعوره أو عاطفته أو كرامته نتيجة عملية الإفشاء إذا كان على قيد الحياة أو لزوجيه أو أقاربه للدرجة الثانية طبقاً للقانون ما لم يكن هناك إتفاق أو نص على خلاف ذلك .

إثبات الضرر :

قاعدة البينة على من إدعى تجمد مجال تطبيقها هنا أيضاً إذا أن على من يدعي أنه لحقه ضرراً أن يثبت هذا الضرر فإذا ادعى العميل الذي أفشى سرية حساباته أنه لحقه ضرر عليه أن يقوم بإثبات هذا الضرر .

ولما كان واقعة الضرر واقعة مادية ولذلك يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الكتابة أو البينة أو القرائن .

ويعتبر التثبت من وقوع الضرر مسألة موضوعية لقاضي الموضوع لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض^(١) .

وفي النهاية لا يكفي الدليل على وقوع ضرر بل لابد من إثبات مدى الضرر وعناصره .

(ج) علاقة السببية بين الخطأ والضرر :-

تعد رابطة السببية شرط أساسي لقيام المسؤولية إذ في الغالب ما يصعب تقدير هذه الرابطة بسبب تعدد ظروف الواقعة وتداخلها ولذلك لا يكفي الخطأ وينتج عنه ضرر بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والمؤدي إلى وقوع الضرر فتحقق بذلك المسؤولية كاملة .

(١) راجع في ذلك نقض ١٩٨٨/١/١٠ الطعن رقم ١٧١٢ لسنة ٥١ ق .

(٢) نقض مدني ١٩٥٨/٥/١٥ .

٢- خطأ المضرور :-

والتعويض مقياسه الضرر المباشر والضرر المباشر هو ما لحق العميل من ضرر وما فاتته من كسب .

ولا يفوتنا في النهاية أن نوضح أن دعوى المسؤولية تسقط بالتقادم طبقاً لنص المادة ١٧٢ مدني ونصها كالآتي :

١- تسقط بالتقادم بإنقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذي علم المضرور بحدوث ضرر وبالشخص المسؤول عنه وتسقط هذه الدعوى في كل حال بإنقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . .

٢- وعلى أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد إنقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية .

ونوجه النظر إلى أن عملية الإفشاء بسرية الحسابات أصبحت مجرمة طبقاً لنص المادة السابعة من القانون ١٩٩٠/٧٠٥ . وعليه إذا أقيمت دعوى جنائية نتيجة فعل الإفشاء فإن مواعيد سقوط الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني .

ثالثاً : مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع :-

تنص المادة (١٧٤) مدني على أن :-

١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعة متى كانت له عليه سلطة فعلية في رعايته وفي توجيهه .

إذا أثبت البنك أن خطأ العميل كان السبب في كشف السرية كأن أرسل العميل مندوباً له لإستلام كشف حساب وسلم البنك للمندوب كشف حساب في مظهر مغلق وفتحه المندوب وعلم محتواه فلا يجوز للعميل أن يمتنع على البنك بكشف السرية أو أن يأذن العميل أو أحد ورثته للبنك بكشف السرية لأي جهة وسلمته هذه الجهة لأحد الأشخاص كل هذه الأفعال التي يمكن نسبتها إلى العميل تنفي مسؤولية البنك .

وقد قضت محكمة النقض بأن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى إستغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة (١) .

٣- خطأ الغير :-

إذا أثبت البنك أن الضرر الذي لحق العميل راجع إلى خطأ شخص أجنبي عن البنك أفشى السرية وليس لسبب من جهته يكون البنك بذاته قد أثبت السبب الأجنبي الذي ينفي رابطة السببية .

ثانياً : آثار المسؤولية التقصيرية :

إذا تحققت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ترتب على ذلك وجوب مسؤولية البنك عن تعريض العميل بالتعويض الجابر للضرر لحاطره ويكون ذلك عن طريق دعوى المسؤولية التي يقيمها العميل على البنك أو على البنك والموظف المفشي بالتضامن على أساس مسؤولية التابع والمتبوع وسوف نعرض لذلك فيما بعد .

والأصل في التعويض أن يكون عينيّاً . . وإزاء تعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فإنه يكون في الغالب وفي مجال مسؤولية البنك عن عملية الإفشاء لا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي كأن يحكم على البنك بأن يؤدي للعميل مبلغ من النقود .

(١) نص جنائي في ١٩٦٦/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفني ١٧ ص ٤٧٥ .

وتنص المادة (١٧٥) مدني أيضاً على أن : -

« للمستول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مستولاً عن تعويض الضرر » .

ولما كانت المادة السابعة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ قد جعلت العقوبة شخصية على الشخص الذي يخالف أحكام المواد الأولى والثانية والخامسة من هذا القانون .

ولكن في نطاق دعوى المسؤولية يثور التساؤل من المسئول عن تعويض العميل المضرور الذي تم إنشاء سيرة حساباته للغير ؟ .

هنا نفرق بين فرضين أن يصدر الإنشاء من مجلس إدارة البنك . . وفي هذه الحالة على العميل المضرور أن يرجع على البنك وحده لأن سلطة مجلس الإدارة هي التي تعبر عن البنك . .

أما إذا كان فعل الإنشاء صدر من أحد موظفي البنك أثناء أو بسبب وظيفته ورتب ضرراً للغير وفي غير الأحوال الاستثنائية التي سبق بيانها يكون هذا الموظف ملتزماً بالتعويض ويلتزم البنك أيضاً بالتعويض على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حيث الموظف لا يستطيع الحصول على المعلومات التي أفضى بها لولا وظيفته ويكون للعميل أن يرجع على الموظف أو للبنك أو عليهما متضامتين . . وإن كان العميل المضرور يفضل في كل الأحوال الرجوع على البنك نظراً لملائته .

ويحق للبنك بعد ذلك الرجوع على موظفه المخطئ بالتعويض الذي دفعه للعميل والذي تسبب فيه هذا الموظف . . وتلك هي صورة من صور أحكام مسؤولية الشخص عن الغير ولذلك سوف نتعرض هنا لأحكام مسؤولية المتبوع عن التابع .

حيث تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا كانت هناك علاقة تبعية بين شخصين أحدهما تابع والآخر متبوع . وفي هذا المقام البنك هو المتبوع وموظف البنك هو التابع وقد ارتكب هذا الموظف أو التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً للغير (العميل) .

إذن تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا توافر شرطين : -

أولهما : قيام علاقة تبعية :

نصت المادة (...) من القانون المدني على أن تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه .

من هذا النص يتضح أن التبعية تقوم على أساسين أولهما السلطة أو السيطرة الفعلية من المتبوع على التابع والثانية وجود سلطة للمتبوع على التابع بموجبها يكون له حق رقبته وتوجيهه . . ولا يشترط أن تطول فترة الرقابة والتوجيه أو تقل ولا تأثير أيضاً لأن تكون الرابطة بينهما تعاقدية أو إدارية أو أدبية .

وقد استقرت أحكام النقض على ذلك منها قولها فمن حيث قيام علاقة التبعية على سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت نجد أنه ليس ضرورياً من جهة أن تكون تلك السلطة عقدية تقوم على الإختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية فهي تقوم ولو لم يكن للمتبوع الحق في هذه السلطة بأن يكون قد استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ولكنه مادام يستعملها أو يستطيع إستعمالها بالفعل فهذا كاف في قيام علاقة التبعية (١) .

(١) راجع في ذلك النقض المدني رقم ٧٧٥ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ والنقض الجنائي جلسة ١٩٨٠/١/١٦ مجرعة المكتب الفني ص ٢٥١

وهكذا نرى أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست ذاتية بل هي مسئولية عن الغير مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرر وتقوم على فكرة الضمان القانوني فتعتبر كقالة مصدرها القانون وليس العقد (٤) .

وهي بهذه المثابة تجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر فإلتزامه بتحقيق غاية لا إلتزام ببذل عناية - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع (ودعوى الرجوع) .

وما تقدم يتضح أن للمضروب الخيار إما أن يرجع على التابع أو على المتبوع أو أن يرجع عليهما متضامين .

فإذا رجع المضروب على التابع طبقاً للقواعد العامة فلا تثار أية مشكلة ولكن قد يرجع المضروب على المتبوع وفي هذه الحالة يعن للمتبوع أن يرجع على التابع بدعوى الرجوع طبقاً لنص المادة (١٧٥) من القانون سالف الذكر .

ولا ينشأ عن المتبوع في الرجوع على التابع إلا من تاريخ الوفاء للمضروب وذلك إعمالاً لنص المادة ٣٨١ من القانون المدني . . . ولكن هذا النص يشترط للرجوع ألا يكون التعويض قد سقط بالتقادم .

بتطبيق ذلك على دعوى المسئولية نتيجة الإقضاء نرى أنه يجوز للمصيل المضروب أن يرجع على موظف البنك الذي أفضى بالسرية وأضر بالمصيل أو أن يرجع على البنك وحده دون إختصاص الموظف أو أن يرجع على الموظف والبنك متضامين .

إذاً في نطاق هذا البحث فإن موظف البنك هو تابع للبنك بكل المقاييس حيث تربطه بالبنك علاقة عقدية طبقاً لما اهتمت عليه أحكام النقض وبالتالي فالسلطة الفعلية للبنك على الموظف قائمة وكذلك سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على الموظف قائمة . . . وبذلك تكون علاقة التبعية قائمة بين الموظف والبنك .

ثانيهما : خطأ التابع حال تأدية وتقليته أو بسببها :

لا يكفي تبعية التابع للمتبوع حتى تتحقق مسئولية المتبوع أو التابع فإذا حدث خطأ من التابع حال قيامه بأعمال وظيفته أو بسببها وتحققت مسئوليته من خطأ وضرب وعلاقة سببية وأن خطأ الموظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو أن التابع لم يكن ليستطيع إرتكاب الخطأ لولا الوظيفة أى يجب أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ وقد إستقرت أحكام النقض على ذلك سواء إرتكب التابع الخطأ لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي وسواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه (١) .

أساس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع : (٢)

قضت محكمة النقض بأنه متى كان الشاغل أن الموظف قد إرتكب الخطأ الموجب لمسئوليته حال تأدية عمله وإعتماداً على سلطة وظيفته ولم يقع خطأ شخصي من جانب الحكومة عند مقارفة الموظف لهذا الخطأ الذي أقيم عليه الحكم بالتعويض المدني . . . فتكون مسئولية الحكومة بهذا الوصف هي مسئولية المتبوع عن تابعه فهي ليست مسئولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وإذا تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسئولة قبل المضروب عن أفعاله غير المشروعة وليست مسئولة معه بصفتها مدينة (٣) .

(١) نقض مدني ١٩٧٦/٣/٢٣ والنقض المدني في ١٩٨٧/١١/٢٦ الطعن رقم ٢٤٦٨ لسنة ٥٥ ق .

(٢) راجع في ذلك الأستاذ / عبد النعم حسن المعالي في الموجز للالتزامات ص ١٢٣ .

(٣) نقض مدني ١٩٥٤/١٢/١٦ .

(٤) النقض رقم ١٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤ .

عن دور القضاء :-

نص المادة ٣١٠ عقوبات تشبه نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي والتي تنص على أن :-

« كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو ثمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه » .

فمع عدم النص صراحة على تجريم الإفشاء بسرية حسابات العملاء لدى البنوك أدى إلى إختلاف وجهات النظر وإن كانت محكمة النقض قد صارت على وتيرة واحدة فنصت في حكمها الصادر في ٢ يوليو سنة ١٩٥٣ على أن :-

« الشارع عندما وضع المادة ٣١٠ عقوبات لم يعمد حكمها بل خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل وغيرهم . . . وعين الأحوال التي حرم عليهم فيها إفشاء الأسرار التي يضطر صاحبها أن ياتقنم عليها بإعتبار أن طبيعة عملهم تقتضي هذا الإطلاع وهم في سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور فإنه لا يصح التوسع في هذا الإستثناء بتعديل حكمه إلى من عدا المذكورين في النص كالخدم والكتبة والمحضرين والمستخدمين الخصوصيين وغيرهم فهؤلاء لا يضطر مخدومهم إلى إطلاعهم على مايرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون^(١) » .

أي أن مسلك القضاء كان واضحاً بعدم تجريم عملية الإفشاء قياساً على السرار التي يؤتمن عليها أصحاب المهن الأخرى كالأطباء والصيادلة . . . حيث أن طبيعة قانون العقوبات تقتصر على الحالات التي ينص عليها القانون دون القياس عليها حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . . .

(١) راجع مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرون عاماً من ١٩٢٩ .

ويحق للبنك إذا دفع للعميل التعويض المحكوم به قضائياً أن يرجع على الموظف المتسبب بالمرتكب للخطأ بالتعويض المدني المدفوع طبقاً لنص المادة (١٧٥) مدني وذلك بدعوى الرجوع وذلك بعد وفاة البنك بهذا المبلغ وبشترط ألا يكون حق الضرر في التعويض قد سقط بالتقادم وذلك نقضاً لنص المادة ٣٨١ من القانون المدني .

وبذلك نرى أن أحكام دعوى مسئولية المتبرع عن أعمال تابعه تنطبق على هذه الحالة ويتعين إعمالها . ويمكن للموظف أن يدفع دعوى الرجوع عليه بنص المادة ١٦٧ من القانون المدني التي نصت على أن :

« لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيلة » .

المبحث الثالث

المسئولية الجنائية والعقوبة المترتبة على عملية الإفشاء

المسئولية الجنائية قبل صدور القرار بقانون ١٩٩٠/٢٠٥ بشأن سرية الحسابات :

يطيب لنا أن نتعرض لسؤال قبل دراسة المسئولية الجنائية عن عملية الإفشاء ألا وهو هل كان يوجد تجريم لإفشاء سرية حسابات العملاء قبل صدور القرار بقانون رقم ١٩٩٠/٢٠٥ سوف نتعرض لدور كلا من القضاء والفقه في هذا المجال ولاسيما مع عدم وجود نص صريح يجرم عملية الإفشاء بسرية حسابات العملاء .

من الأسرار التي يحرس العميل ألا يطلع غيره عليها وبالتالي فإن رجال البنوك ملتزمون بالحفاظ على سر هذه المهنة بما أدى بالمشرع إلى إصدار تشريع يجرم فيه عملية إفشاء أو إفشاء سر العميل للغير ولا سيما أنه يوجد تشريعات أجنبية وعربية سبقت المشرع المصري في هذا المضمار (٣) مما حدا به أخيراً حفاظاً على المصلحة العامة والمصلحة الاقتصادية أن يصدر القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥ بشأن سرية الحسابات بالبنوك .

ولذلك سوف نوضح جريمة إفشاء سرية الحسابات بالبنوك مبيناً أركانها والعقوبة المترتبة على عملية الإخلال .

جريمة إفشاء سرية الحسابات بالبنوك

يجدر بنا الإشارة بداية أن المشرع قد صنف هذه الجريمة جنحة حيث جعل عقوبتها الحبس المدة التي لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيهًا ولا تزيد على عشرين ألف جنيه .

ونحن نرى أن المشرع قد تشدد في هذه العقوبة بل وأراد أن يقطع من سلطة محكمة الموضوع في أعمال التفريد العقابي فوضع حد أدنى للعقوبة وهو سنة على الأقل فلا يجوز لقاضي الموضوع أن ينزل بعقوبة الحبس أقل من سنة بل يجوز له رفع الحبس إلى ثلاثة سنوات طبقاً لنص المادة ١٨ عقوبات . فضلاً عن وضعه حد أدنى لعقوبة الغرامة وهي عشرة آلاف جنيهًا وجعل المشرع الجمع بين عقوبة الحبس والغرامة واجبة

ولما كان نص المادة ٣١٠ عقوبات لم يتضمن النص على تجريم إفشاء سرية حسابات العملاء فقد استقرت أحكام القضاء الجنائي على عدم تجريم الإفشاء بسرية حسابات العميل .

أما عن دور الفقه :

فقد ذهب الأستاذ / الدكتور / محمود محمود مصطفى إلى أن رجال البنوك ملزمون بسر المهنة التزاماً يترتب على الإخلال به خضوعهم للجزاء الجنائي المقرر في المادة ٣١٠ عقوبات مصري (١) .

وأما الأستاذ الدكتور / محي الدين إسماعيل علم الدين فيرى سيادته أن كل ما يوجد للعميل لدى البنك هو في الحقيقة من الأسرار التي يحرس هذا العميل سواء كان تاجراً أو غير تاجر على ألا يشيع بين الناس أمرها . فمقدار الرصيد الموجود في حسابه والأشخاص الذين يعطيهم شيكات على هذا الحساب وما قد يكون له في محفظة الأوراق المالية أو في الخزنة الحديدية كل أولئك أسرار تعني العميل ولا تعني غيره فلا ينبغي أن يغشها البنك إلى الغير . وهذه الأشياء لا يؤمن العميل غير البنك عليها فإذا كان لدى شخص قدر كبير من المجهزات والمعادن الثمينة فإن الطريق الطبيعي الذي يفكر فيه هو أن يودعها في خزانة حديدية لدى البنك لكي يصونها . فكيف يمكن أن يقال مع ذلك أن البنك ليس أميناً بالضرورة وليس معداً لاستقبال أسرار العملاء . . وأن السر لا ينحصر في الأمور التي يفضي بها العميل بلسانه بل يمتد إلى كل ما يودعه أو يسحبه أو يجريه من التعامل لدى البنك ومن هنا كان توفير الثقة في هذه المهنة التي يستظل بها الناس من مخاطر الضياع والسرقة والمناقصة وغير ذلك يعتبر من الأمور التي ينشدها الجمهور في تعامله مع من يحترفونها (٢) .

وإزاء إجتهاادات الفقه وإنهاء الرأي الغالب فيها إلى أن كل ما يوجد للعميل لدى البنك هو في الحقيقة

(١) راجع في ذلك الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص الطبعة السادسة ١٩٦٤ مقرة ٣٧٧ .

(٢) راجع موسوعة البنوك للأستاذ الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين ص ١٢٦ طبعة ١٩٨٧ .

(٣) راجع من التشريع الأدنى نص المادة ٤٧ من القانون القبطي الخاص بالبنوك وصناديق التوفير الصادر سنة ١٩٣٤ وكذا القانون البلجيكي والفرنسي ومن التشريعات العربية قانون سرية المصارف اللبناني الصادر سنة ١٩٥٦ والمادة ٢٥٤ من القانون التونسي المادة ٥٦٥ من قانون العقوبات السوري .

العملاء . . . ولا يلزم أن يكون العميل قد أفضى بالسر إلى البنك طالبا كتمانته إذ يعتبر سرا كل أمر يكون بطبيعته أو بحسب ظروفه المحيطة به سرا ولو لم يطلب كتمانته صراحة بل يكفي أن يصل السر إلى البنك بسبب وأثناء مباشرة وظيفته ومهنته سواء بطريق الإستنباط أو بطريق الخسرة الفنية . . . وقد بينت المواد الأولى والثانية والخامسة أمثلة للأسرار التي يجب أن يحافظ عليها البنك ولا يفشها مثل جميع حسابات العملاء وودائعهم وأمانتهم وخزائنها لدى البنوك وسواء كانت هذه الحسابات والودائع إسمية أو مرقمة فكل هذه الحسابات وما يتعلق بها من معاملات تعتبر سرية يجب أن يلتزم العاملون بالبنوك بالمحافظة عليها وعدم الإفشاء بها للغير بأي وسيلة كانت .

أما مجرد وصف شخص العميل بأوصاف سيئة أو ألقاب غير محترمة دون المساس بأي حساب أو أي بيان عنها لا يعتبر إفشاء للسرية وإنما تعتبر جريمة سب إذا توافرت شروطها .

ثالثاً : ركن الإفشاء .

يكون بإخراج سر حسابات العميل أو ودائعه . . . الخ ومعاملاته من مكنها سواء بالإعلان للغير ولو لشخص واحد أو نشرها في الصحف سواء كانت صحف محلية وأجنبية أو المجلات سواء الاقتصادية أو غيرها أو توصيلها بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الغير الذي تولى إعلانها وإفشاءها أي يجب أن يقوم البنك أو أحد موظفيه أياً كانت درجاتهم بكشف سرية حسابات العميل للغير أو إلى جهات النشر أي يقوم بكشف حسابات العميل الغير معروفة أو الغير معلومة للكافة إلى غير العميل . . . ولا يقتصر المحافظة على الحسابات كلها بل يكفي الإعلان عن أي منها أو أي معاملة متعلقة بها حتى يتوافر فعل الإفشاء .

وهو تشدد من المشرع ليس له ما يبرره حيث كان يجب أن ينص على عقوبة الحبس والغرامة ويترك تقدير مقدارها لقاضي الموضوع حسب كل حالة .

أما ما كان الأمر فإن جنحة إفشاء أسرار معاملات وحسابات العملاء أربعة أركان وهي : -

- ١- وجود حسابات أو ودائع أو أمانات ومعاملات مع أحد البنوك .
- ٢- ركن السرية .
- ٣- ركن الإفشاء .
- ٤- ركن القصد الجنائي .

ويجب توافر الأركان الأربعة مجتمعة للإدانة بجنحة إفشاء سرية حسابات بالبنوك وسوف نتعرض لكل ركن من هذه الأركان .

أولاً : ركن وجود حسابات أو ودائع أو أمانات أو خزائن لدى أحد البنوك :

يجب أن يكون لدى البنك للعميل مدعي إفشاء البنك للسرية حسابات سواء كانت حسابات دائنة أو مدينة أو خطاب ضمان أو إتمادات مستندية أو نوع من الحسابات أو يوجد لدى البنك للعميل ودائع سواء كانت محددة المدة أو شهرية بالجنبيه المصري أو بأي عملة أجنبية أو لدى البنك للعميل أي أمانة من الأمانات أو أن يكون البنك قد أجر لعميله خزنة حديدية أو أن يكون لدى البنك للعميل حساب أو وديعة بالعملة الأجنبية مرقمة .

أي يجب أن يوجد حساب أو ودائع أو خزائن حديدية أو أي معاملات للعميل مدعي إفشاء البنك للسرية طرف هذا البنك المدعي عليه .

ثانياً : ركن السرية :

هذا الركن هو أهم الأركان في هذه الجريمة إذ أنه يعتبر الركن المادي إذ أن البنك يعتبر أميناً لحفظ أسرار

فضلاً عن ذلك تقتد الحماية القانونية على الحسابات والمعاملات التي إنتهت بين العميل والبنك وذلك طبقاً لنص المادة الأولى والثانية من القرار بقانون ١٩٩٠/٢٠٥ .

وعلى ذلك فإن إلزام البنك بالحفاظ على سرية حسابات العميل هو إلزام مؤبد ومستمر لا ينتهي مهما طال الزمن حيث جاء في عجز نص المادة الأولى من القرار بقانون سالف الذكر على أن :

«ويظل هذا الخطر قائماً حتى ولو إنتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب» .

رابعاً : القصد الجنائي :-

نرى أن القصد الجنائي في هذه الجريمة هو قصد عام فيكفي أن يكون المفضي عالماً بأنه يفضي أو يفضي سراً أو زمن عليه أو وصل إلى علمه بسبب وأثناء وظيفته ولا يلزم أن يكون القصد من الإفضاء نية الإضرار بالعميل صاحب الحساب ويقصد الحصول على مقابل أو ربح مقابل عملية الإفضاء . . حيث أن المشرع اكتفى لكي تقوم الجريمة أن يقوم المفضي بالسر بإعلانه وهو يعلم أن القانون يعاقب عليه دون أن يشترط أن يكون المفضي لهذا السر يقصد الإضرار بالعميل من عدمه . . وعليه فإن الإهمال الذي يؤدي إلى إفضاء سرية حسابات ومعاملات العميل يقع تحت طائلة القانون . .

وإن كنا نرى أنه كان يجب على المشرع أن ينص على أن يكون القصد الجنائي في هذه الجريمة خاصاً أي يجب أن يقصد الجنائي من وراء قصده الإضرار بالعميل أو أنه يفضي هذه السرية قاصداً الربح من ورائها .

أما إذا كان العميل نفسه قد قام بنشر هذه الحسابات ومعاملاتها في الجرائد مثلاً أو في المجلات الإقتصادية فلا يجوز له بعد ذلك أن يحتج على البنك بهذا الإفضاء حيث سبق له أن أفضى سرية هذه المعاملات .

وقد قضت محكمة أمن الدولة العليا بأن السر هو أمر متعلق بشيء أو بشخص وخاصيته وأن يظل محجوباً أو مخفياً عن كل أحد غير من هو مكلف قانوناً بحفظه أما إستخدامه بحيث يكون العلم به غير متجاوز عدداً محدوداً من الأفراد الذين رخص لهم دون سواهم أن يعلموه أو يتناقلوه فيما بينهم فلا يؤثر على كونه سراً (١) .

ولما كان المشرع يفترض في البنك أنه لا يقصر ويجب أن يكون في شدة الإنتباه والدقة والعناية في المعاملة مع الجمهور . . فلا يجب على الموظف البنكي أن يرد على عميل لا يعرفه تليفونياً يسأله عن رصيده حسابه وكما يجب على البنك أن ينه على عملائه بعدم الإستفسار عن حساباته بالتليفون حيث أن ذلك قد يوقع البنك تحت طائلة المسترلية .

ويعتبر من قبيل الأسرار المصرفية للعميل مقدار رصيده الحساب دائناً أو مديناً وحركة الحساب وصرف مبالغ وتسليم القيم المتقولة أو إيداع مبالغ في الحساب أو ما يقدمه العميل من ضمانات شخصية مثل الكفالات الشخصية أو الكفالات العينية مثل الرهن وتقتد الحماية القانونية إلى المشروعات التي أخذ العميل القروض من أجلها والمفاوضات السابقة على منح القرض أو التسهيل للعميل وبصفة عامة تقتد الحماية القانونية لكافة معاملات العميل مع البنك سواء كانت المعلومة التي حصل عليها البنك تتعلق بالحسابات أو بمعلومات شخصية عن العميل .

(١) دكتور محمد جودت المظ - المسؤولية التأديبية للموظف العام - رسالة دكتوراه القاهرة في ١٩٧٢ في ١٧٢ .

العقوبة المترتبة على إخلال البنك

بالنزاهة بالمحافظة على سرية

حسابات العميل

فضلاً عن مسئولية البنك والموظف المدني عن تعويض الأضرار المادية والأدبية التي لحقت العميل نتيجة الإقضاء بأمرار حساباته ومعاملاته مع الغير فإن الموظف الذي قام بعملية الإقضاء يتعرض للمسئولية الجنائية لأول مرة في التشريعات المصرفية في مصر فقد نصت المادة السابعة من القرار بقانون رقم ١٩٩٠ / ٢٠٥ بشأن سرية الحسابات بالبنوك على الآتي

« مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادة الأولى والثانية (فقرة أخيرة) والمادة الخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه »

يتبين من نص هذه المادة أن العقوبة المترتبة على قيام الشخص بإقضاء سرية حسابات العميل أو معاملاته للغير بطريق مباشر أو غير مباشر بعقوبة الحبس التي لا تقل عن سنة بأي حال من الأحوال ولا تزيد على ثلاثة سنوات طبقاً لنص المادة ١٨ من قانون العقوبات والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه أي أن المشرع جعل الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة واجبة دون أن يترك حق الاختيار للقاضي بين العقوبتين أو حتى دون أن يعطي الحق للقاضي في النزول بعقوبة الحبس عن سنة أو يقلل من الغرامة حيث جعل الحد الأدنى عشرة آلاف جنيه .

وقد سبق أن نقطنا مسلك المشرع من تشدده والفاء سلطة القاضي في التفريد العقابي وكان الأولى أن يقرر لها عقوبة الحبس أو الغرامة ويجعل للقاضي تحديد مقدار الحبس أو الغرامة التي تتناسب مع جريمة الإقضاء

كلا حسب ظروفها .

ولكن قد ترتكب جريمة إقضاء السر ولا يمكن تعيين المسئول بصفة شخصية ولا سيما أن معظم المصارف لها الشخصية المعنوية فهنا يثور التساؤل . هل يجوز أن تسند المسئولية الجنائية إلى الشخص المعنوي ؟

يتفق الفقه على عدم جواز مسائلة الشخص المعنوي إذ يتعذر توقيع العقوبة على الشخص المعنوي كما أنه يصعب الوقوف على القصد الجنائي فضلاً عن صعوبة توقيع عقوبات مقيدة للحرية مثل السجن أو الحبس بخلاف الغرامة يمكن توقيعها عليه وقد أخذت بعض التشريعات الأجنبية بجواز توقيع عقوبة الغرامة على الشخص المعنوي . .

ولذلك يقتصر توقيع العقوبة السالبة للحرية على الشخص الذي ارتكب الفعل المرمي . .

وقد يشار تساؤل آخر فهل إذا تمت المحاكمة عن إعطاء سر عن حسابات عميل هل يمنع ذلك من العقاب عليه مرة أخرى إذا تم الإقضاء عن ذات السر ؟

فقد قضت محكمة أمن الدولة العليا بأن تسليم السر مرة لا يمنع من العقاب على تسليمه مرة أخرى لأن تكرار التسليم يزيد الإلزام به ، كما وأن سبق إقضاء السر لا يرفع عنه صفته ، وذلك أن إقضاء السر مرة لا يعول دون تبليغه مرة أخرى لغير من أفضى إليهم في المرة السابقة ولأنه حتى ولو فقد السر أهميته أو فائدته بعضها أو كلها فلا يؤثر ذلك على مسئولية من يفضيه (١) .

وفضلاً عن ذلك فكما سبق أن وضعنا بشأن إلزام البنك بالسرية هو إلزام مؤبد وهو كذلك أيضاً بالنسبة للموظف فإذا أحيل الموظف إلى المعاش يحظر عليه أيضاً الإقضاء بأي سر من أسرار عملاء البنك الذي كان يعمل فيه حتى ولو كانت هذه المعاملات قد انتهت فإذا أفضى بأي سر من أسرار حسابات أو ودائع العملاء يقع تحت طائلة هذا القانون .

(١) راجع في ذلك دكتور محمد جرد الملق - المرجع السابق ص ١٢٤ ، ١٢٥

**احكام المحكمين
وتنفيذها فى
قانون المرافعات
المصرى**

للمسيد الاستاذ / حمدى بريك رضوان
المحاسن

تقديمه :

(١) التعريف بأحكام المحكمين :

إذا كان الدستور قد نص في المادة ٦٨ منه على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي . فإن الدستور قد أعطى الأفراد الحرية في الإلتجاء إلى أي طريق من طرق التقاضي تؤدي في النهاية إلى إنهاء المنازعة بين الأفراد وإذا كان القضاء وهو مظهر سيادة الدولة لا يمارس إلا عن طريق السلطة العامة المختصة لذلك ولكن القانون أجاز للأفراد إخراج بعض المنازعات من ولاية السلطة القضائية في الدولة ، وأن يعهدوا بمهمة الفصل فيها إلى المحكمين الذين يختارون لهذا الغرض إذا المشرع اعتبر أن نظام المحكمين طريق من طرق التقاضي في قانون المرافعات وذلك في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ منه .

وعلى ذلك فلذا أردنا تعريف نظام المحكمين في القانون فلقد أختلف الفقهاء في ذلك :

- فالدكتور عبد الحميد أبو هيف يعرف التحكيم ^(١) «حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الإلتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص» .

- ويعرفه الدكتور محسن شفيق ^(٢) بأنه « نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراءً ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم » .

- ويعرفه الدكتور أحمد محمد الاسطل ^(٣) «إتفاق طرفي الخصوم على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعاه بحكم الشرع دون تدخل القاضي المولى» .

- ويعرفه الدكتور أحمد ماهر زغلول ^(٤) «مكنة

يقرها القانون للأفراد يستطيعون بمقتضاه الإلتفاق على إحالة المنازعات التي تقوم أو ستقوم فيما بينهم على فرد أو أكثر يسمون محكمين دون السلطة القضائية المختصة أصلاً بذلك فالتحكيم من حيث الأصل مكنة إختيارية يترك لإرادة الأفراد حرية ممارستها » .

وعلى هذه التعريفات فيمكن تعريف نظام المحكمين بأنه :

« حق وطريق خاص من طرق التقاضي يقره القانون ويحميه ويفرض نظامه عليه في التنفيذ ويستخدم من أجل الوصول إلى تطبيق القواعد العامة للعدالة بغير مخالفة القانون في هذا التطبيق ويتحقق من ورائه الهدف الذي يسعى إليه الخصوم في إنهاء النزاع وتفاذي طرق التقاضي العادية والتفقات الباهظة في التقاضي عن طريق السلطة المختصة بذلك .

ولذلك كان للأفراد الحرية في الإلتجاء إلى التحكيم لإنهاء النزاعات الناشئة بينهم في جميع المسائل المتعلقة بإنهاء الخلافات بين أفراد المجتمع إلا أنه يستثنى من ذلك أنه لا يجوز التحكيم في المسائل وفي المواد المتصلة بالأحوال الشخصية البعثة كالبنة أو صحة الزوجية أو ثبوت الوراثة أو الحضانة أو بالحجر ، ولكن يجوز التحكيم في المصالح المالية المتصلة بالأحوال الشخصية كتحديد مقدار النفقة أو التعويض عن فسخ الخطبة ، أو تقسيم التركة بين الورثة ، كما أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة كالجرائم أو المسؤولية الجنائية عنها وإن كان يجوز التحكيم في شأن تحديد التعويض المستحق للمجني عليه ، ولا يجوز التحكيم في شأن

(١) طرق التنفيذ والتعلق في المواد المدنية التجارية . د. عبد الحميد أبو هيف .

(٢) التحكيم التجاري الدولي . د. محسن شفيق .

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية . د. أحمد محمد الاسطل .

(٤) أصول التنفيذ أحمد ماهر زغلول .

(ج) الشروط الواجب توافرها في المحكمين :

ينص قانون المرافعات على بعض الشروط الواجب توافرها في المحكمين وأساس هذه الشروط أن المحكمين يقومون بالقضاء حقيقة أنه قضاء خاص ولكن لقرار المحكمين حجية الأمر المقضي به فيجب ألا تعطى هذه المهمة لأي شخص ولكن لأشخاص معينين تتوافر فيهم هذه الشروط وهي :

(١) توافر الأهلية المدنية الكاملة :

يجب أن تتوافر في المحكم الأهلية المدنية الكاملة فلا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه إعتباره (١/٥٠٢) وتكفي الأهلية المدنية دون اشتراط التمتع بالحقوق السياسية (٢) وعلى ذلك فيجوز أن يتولى التحكيم أجنبي ويترتب على عدم ربط التحكيم بالحقوق السياسية جواز أن تتولاه هيئة بإعتبارها كذلك رغم أن الشخص المعنوي لا يتمتع بحقوق سياسية كما أنه يجوز أن تتولاه امرأة ولو كانت محرومة من حقوقها السياسية .

(٢) ألا يكون المحكم ممنوعاً عن التحكيم :

يمنع القانون أحياناً بعض الأشخاص من تولي مهمة التحكيم رغم توافر الأهلية المدنية الكاملة لديهم ومن هذا وفقاً للمادة ٢/٦٣ من قانون السلطة القضائية فإنه لا يجوز - بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى - أن يقوم القاضي أبداً كانت درجته بالتحكيم ولو بغير أجر إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة ولو كان أحد أطراف النزاع هي الدولة أو إحدى الهيئات العامة . (٤)

نزاع على دين قمار أو ما يتصل بنزاع الملكية المتعلقة بالمنفعة العامة أو بأعمال السيادة أو بإكتساب الجنسية ولا يجوز التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ الجبري من حيث صحتها أو بطلانها لأنها تجري تحت إشراف القضاء (١) . هذا وأن الإتفاق على التحكيم إذا توافرت شروطه طبقاً للقانون يمنع كل من القضاء العادي والمستعجل من نظر أية دعوى متعلقة به سواء أكانت دعوى موضوعية أم كانت بخصوص إجراء تحفظي مؤقت (٢) .

(ب) الأسباب والدوافع التي أدت إلى وجود نظام

المحكمين في قانون المرافعات :

إن من الأسباب والدوافع التي أدت بالأفراد إلى الإلتجاء وبقاء هذا النظام وعدم الإلتجاء إلى السلطة المختصة بذلك وحماية المشرع لهذا الإلتجاء بأنه أضفى عليه سلطته القانونية وهذه الأسباب منها بطل إجراءات التقاضي النظامي وتمتعها أدى ذلك بالأفراد إلى الإلتجاء إلى نظام المحكمين ووجوده في قانون المرافعات وذلك أن المصلحة قد تستدعي وجود إجراءات سريعة عن إجراءات التقاضي العادية بقياس الإجراءات العادية في القانون بنظام المحكمين تعتبر نظام المحكمين سريعاً في إنهاء الخصومة المعروضة عليه حيث أنها لا تستغرق من الوقت الذي تستغرقه في القانون العادي .

كما أن من الدوافع التي أوجبت هذا النظام التفقات التي تزهق جمهور المتقاضين هذه التفقات قد تكون بالدرجة والجمسامة التي تؤدي إلى عزوف الأفراد عن الإلتجاء إلى القاضي الطبيعي وذلك للهرب من هذه التفقات كما أن تعقيد طرق التقاضي والتوائها وكثرة الطعون في الأحكام من الأسباب التي أدت إلى وجود هذا النظام .

(١) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه . محمد كمال عبد العزيز

(٢) التعليق على قانون المرافعات . عز الدين الديناصوري - حامد عكاظ .

(٣) القضاء المدني . د . فتحي والي .

(٤) المرجع السابق .

(٣) ألا تكون له مصلحة في النزاع :

إن المحكم هو في الأصل قاضياً ومن المقرر أنه ليس لشخص أن يكون قاضياً لنفسه ولهذا لا يجوز إختيار شخصاً محكماً إذا كان طرفاً في هذا النزاع أو له مصلحة فيه على أي وجه كان وذلك إعمالاً لنصوص قانون المرافعات .

(٤) يجب أن يكون المحكمين وتراً إذا تعدد المحكمون :

حيث أن نظام المحكمين نظام قضائي مثل نظام السلطة العامة فإنه يجب أن يكون عدد المحكمين إذا تعددوا وتراً حتى يتحقق فيهم العدالة عند إجراء عملية الترجيح بالنسبة للأصوات المحكمين فالرأي الأكثر لا يتأتى إلا من وجود عدد محكمين وتراً وحتى لا يكون هناك تساوي في العدد عند إجراء التصويت على إتخاذ القرار .

هذه هي مجموع الشروط التي يجب أن تتوافر في المحكم حتى يكون حكمه صحيحاً غير قابل للإبطال وبه ينتهي التمهيد .

المبحث الأول : ويشتمل على الشروط الواجب توافرها للمحكم حتى يكون قابلاً للتنفيذ والإجراءات التي يجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها للمحكم حتى يكون قابلاً للتنفيذ :

(١) أن يكون الحكم مكتوباً (م ١٥٠٧)

إن حكم المحكمين شأن حكم القضاء العام فالقانون لا يعرف حكماً شفويّاً ولو كان حكم المحكمين هذا ولقد قضت محكمة النقض بأن « الكتابة شرط الإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطاً لإعتقاده مشاركة التحكيم وأن توقيع المحكم على عقد التحكيم لا يعتبر

ركناً لإعتقاده » نقض ١٩٧٣/٢/٢٤ - ٢٤ - ٣٢١ وعليه فيجب أن يكون حكم المحكمين مكتوب وذلك أنه عند التنفيذ سوف يودع الحكم بالمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويوضع عليه أمر التنفيذ ولا يتصور إبداء أو منع أمر التنفيذ إلا بالنسبة لورقة مكتوبة ولذلك يعتبر حكم المحكمين المكتوب ورقة رسمية شأنه شأن أحكام القضاء . نقض ١٩٦١/٨/٣٠ (١) .

(٢) أن يشتمل حكم المحكمين على البيانات التي تكفي لكي يحقق وظيفته :

هذه البيانات لازمة لكي يحقق حكم المحكمين الوظيفة المرجوة منه .

وهذه البيانات هي : صدوره من وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم - ذلك أن سلطة المحكمين مستمدة من الإتفاق على التحكيم فتوافر هذه البيانات يمكن معه التأكد من صدور القرار في حدود سلطتهم - ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه الحكم وتاريخ صدوره وتوقيعات جميع المحكمين (١/٥٠٧) وذلك أنه لا يجوز جعد التاريخ الذي أثبتته المحكم لصدور حكمه إلا بالظعن بالتزوير (نقض ١٩٦١/١/٣٠ . نقض ١٢-٧٣ فاذا إمتنع أحد المحكمين أو أكثر من التوقيع وجب على الباقي إثبات هذا الإمتناع في الحكم ولا يكون الحكم صحيحاً إلا إذا وقع أغلبية المحكمين (٢/٥٠٧) هذه البيانات وأردت في القانون على سبيل الحصر ، فلا يعاب حكم المحكمين لتخلف بيان لم يتطلب القانون ذكره في ورقة الحكم (نقض مدني ١٩٧٢/٢/٢٦ - نقض ٢٣ - ٢٢٥ - ٤) ولا بموجب القانون النطق بحكم المحكمين ولهذا فإن النطق غير ضروري إلا إذا إشتراطه الأطراف في عقد إجراء التحكيم .

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات . د . أحمد أبو الوفا

خاص لا يستمد أية قوة من السلطة العامة والأمر وحده هو الذي يرفعه إلى مرتبة أحكام المحاكم ويستطيع المنفذ ضده أن يرفع إشكالاً طالباً وقف تنفيذ الحكم لأن قاضي التنفيذ لم يأمر بتنفيذه ولم توضع عليه الصيغة التنفيذية ، ومن ناحية أخرى فإن القاضي وهو يصدر الأمر بالتنفيذ يستطيع أن يراقب توافر شروط صحة حكم المحكمين ، وإنهقاد الإختصاص لقاضي التنفيذ بالمحكمة المودع أصلاً حكم المحكمين لإصداره أمر التنفيذ هو إختصاص إستثنائي مقرر على خلاف القواعد العامة فالقاعدة أن قاضي التنفيذ لا يختص أصلاً بتكوين السند التنفيذي أو بإعداد مقدماته ^(١) .

ويتم اللجوء إليه بعريضة يقدمها أي من ذوى الشأن ويصدر القاضي أمر سواء بالتنفيذ أو برفض الأمر بالتنفيذ في شكل أمر على عريضة فإذا ما صدر الأمر بالتنفيذ فإن ذلك لا يعني عن ضرورة وضع الصيغة التنفيذية على صورة الحكم التي يجري التنفيذ بمقتضاها .

وتخضع العريضة من حيث تقديمها وإجراءات نظرها والأمر الصادر عليها لأحكام الأوامر على العرائض ، فيجوز التظلم من الأمر الصادر على العريضة سواء بالتنفيذ أو برفضه وبملك المحكوم عليه الخيار بين رفع التظلم لنفس القاضي الأمر أو إلى المحكمة المختصة وهي المحكمة المودع أصل الحكم قلم كتابها ولا يترتب على التظلم وقف التنفيذ ولكن يترتب ذلك على صدور الحكم في التظلم بقبوله وإلغاء الأمر الصادر ، هذا وإن الحكم الصادر في التظلم يقبل الطعن عليه بطريق الطعن المقرر للأحكام ، فإذا ما حاز حكم المحكمين القوة التنفيذية كان الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التنفيذ لقاضي التنفيذ ذاته الذي أصدر أمر التنفيذ ^(٢) .

(١) التحكيم بالقضاء والصالح ، د. أحمد أبو الوفا .

(٢) أصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلول .

(٣) أصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلول .

المطلب الثاني : الإجراءات الواجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين :

(١) إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة المختصة خلال ١٥ يوماً :

بعد كتابة حكم المحكمين وتوقيع المحكمين عليه أو الأغلبية عليه يجب أن يودع قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضع النزاع فإذا كان التحكيم وارداً على قضية بالإستئناف يجب أن يتم الإيداع في قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر الإستئناف (٨-٢/٥) ويجب أن يتم الإيداع خلال خمسة عشر يوماً من صدور حكم المحكمين ولا يترتب على عدم الإيداع خلال الميعاد المذكور أي بطلان وإن جاز للخصوم مطالبتهم بذلك وإلزامهم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التأخير ^(١) .

هذا ولا يقتصر الإيداع على الحكم الفاصل في الدعوى بل ينصرف أيضاً إلى ماسبقه من أحكام ولو كانت متعلقة بالإثبات أو بسير الإجراءات كما يجب إيداع أصل وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم ، ويقوم المحكم بالإيداع إذا كان فرداً أو أحد المحكمين إذا تعددوا وعلى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع قبول وتحرير محضر بالإيداع (٨-١/٥) ولا يعتبر عدم الإيداع سبباً لبطلان الحكم إذ يتعلق الأمر بإجراء لاحق على صدور الحكم صدوراً صحيحاً فلا يؤثر فيه .

(٢) لا يكون حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ بالمحكمة المودع أصل الحكم قلم كتابها والأمر الذي يصدره القاضي بالتنفيذ هو أمر على عريضة فيخضع لأحكام الأمر على عريضة :

إن هذا ما يميز أحكام المحكمين عن أحكام القضاء العام فلا يجوز تنفيذ حكم المحكمين بغير شموله بأمر التنفيذ فإذا قدم الحكم للتنفيذ بغيره كان للمحضر أن يمتنع عن إجرائه وعلة ذلك أن حكم المحكمين قضاء

التحكيم إذا توافرت شروطه طبقاً للقانون وصدر الحكم بناءً على هذا الاتفاق يمنع كل من القضاء العادي والمستعجل من نظر أية دعوى متعلقة به ، ويكون لحكم المحكمين حجيتهم ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن الخاصة به ، كما أن الحجية تثبت له ولو قبل شموله بأمر التنفيذ .

(ب) يعتبر حكم المحكمين ورقة رسمية ولهذا فإنه لا يجوز إثبات عكس ما تضمنه من تاريخ أو بيانات أخرى إلا بالإدعاء بالتزوير ولقد بنت محكمة النقض أن « لا يجوز جحد التاريخ الذي أثبتته المحكم لصدور حكمه إلا بالطعن بالتزوير » نقض ١٩٦١/١١/٣٠ م النقض ١٢-٧٣٠ .

وحكم المحكمين يعتبر ورقة رسمية بمجرد صدوره وذلك أن إعتبار ورقة ما ورقة رسمية لا يرتبط بصدورها من موظف عام ^(١) بل يكفي أن تصدر من شخص أنيطت به خدمة عامة أو كلفه القانون بعبء عام معين والمحكم قد اختاره الأطراف وفقاً لأحكام القانون للقيام بمهمة تطبيق القانون في حالة معينة وهو يخضع في قيامه بهذه المهمة لرقابة الدولة ولهذا يمكن إعتبار قراره الذي يصدره في حدود ولايته ورقة رسمية ولو قبل الإيداع .

(ج) ليس لحكم المحكمين وحده قوة تنفيذية فهو لا يعتبر سنداً تنفيذياً إلا بصدور أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى أمر التنفيذ .

لأن حكم المحكمين قضاء خاص يستند إلى إرادة الأفراد فهو من ناحية يمكن أن يخضع لطرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء العادي ومن ناحية أخرى يمكن أن يخضع لما يخضع له أي عقد من إمكان رفع دعوى أصلية بطلانته ولكن حكم المحكمين لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف إعمالاً لنص المادة ٥١٠ .

(١) التحكيم بالقضاء والصالح ، د. أحمد أبو الوفا .

(٢) الوسيط في القانوني المدني ج٢ . بند ٧٢ د. عبد الرازق السنهوري .

(أ) تقتصر سلطة القاضي وهو يضع أمر التنفيذ على التثبت من خلو الحكم من العيوب المنصوص عليها في المادة ٥١٢ مرافعات إلا أنه لا يجوز له أن يتخذ أي إجراء في هذا السبيل بل يكتفي في ذلك بمدونات الحكم وهو من جهة أخرى لا شأن له بصحة أو خطأ حكم المحكمين .

(ب) يلاحظ أن المشرع أعطى سلطة إصدار الأمر بقاضي التنفيذ بالحكمة التي أودع قلم كتابها أصل الحكم ، فإذا كان يجب وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٥٨ إيداع قلم كتاب محكمة الإستئناف وكان قاضي التنفيذ يتحدد اختصاصه بدائرة المحكمة الجزئية فإن الأمر بالتنفيذ يصدر في هذه الحالة من قاضي التنفيذ بالمحكمة الجزئية التي يقع بدانرتها مقر محكمة الإستئناف أي أن المشرع يعتد في تحديد القاضي المختص بإصدار الأمر بواقعة الإيداع لا بمكان إجراء التنفيذ ^(١) .

المبحث الثاني : وسوف نبين فيه طرق الطعن في حكم المحكمين وذلك على مطلبين ولكن قبل أن نبين ذلك فسوف نتحدث في مقدمة بسيطة عن حجية حكم المحكمين :

إن حكم المحكمين وهو قرار يطبق القانون ويفصل في النزاع فيعتبر قضاء ولكنه ليس قضاء عاماً يترتب على هذا :

(أ) أن لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره ولهذا فإن حكم المحكمين غير قابل للإستئناف إستثناء من القواعد العامة التي تنص على جوار إستئناف الأحكام هذا وإن منع إستئناف أحكام المحكمين قد جاء بلفظه (المادة ٥١٠) ولهذا لا يجوز لأي من الخصوم أن يلجأ إلى القضاء العام بعد صدوره فالإتفاق على

إعادة النظر وذلك قبل إقفال باب المرافعة فيجوز أن يقدم طلب وقف التنفيذ بعد الطعن بالتماس إعادة النظر ويجوز أن يقدم في أثناء المرافعة وذلك عكس الطعن بالنقض في القضاء العادي الذي يجب أن يقدم الطلب في عريضة الطعن وعلى ذلك فطلب وقف التنفيذ وإن كان يقدم تبعاً للإلتماس فلا يصح تقديمه إستقلالاً ودون الطعن بالتماس إعادة النظر ، وعلى ذلك فرفع الإلتماس لا يترتب عليه تلقائياً وقف تنفيذ الحكم المطعون ضده إلا إذا طلب ذلك من المحكمة وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه والمحكمة الإلتماس في نظرها لوقف التنفيذ فمارس حماية وقتية تسبغها على الطاعن طوال الفترة اللازمة لنظر الإلتماس فقضائها به يتوقف على توافر شرطي الحماية الوقتية والضرر الجسيم المتعذر التدارك ويرجعان وجود الحق وهو ما يستبان من أسباب الطعن ومدى ما ترجمه من امكانية إلقاء الحكم المطعون فيه وأن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة تسمح لها بتقييد نطاق وقف التنفيذ للأمور به فتقتصر على شئ من الحكم أو بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر أو تقر به بشرط كان أو توجب تقديم كفالة أو تأمر بإتخاذ ما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون عليه ، وحكمها في طلب وقف التنفيذ وهي تنظر الإلتماس باعتبارها حكماً مستعجلاً لا يقيد بها فيما بعد سواء فيما يتعلق بالتدابير الوقتية التي أمرت بها أو بالنسبة للمطعن عند الفصل فيه^(١) وتكون للمحكمة نفس السلطة التقديرية التي لمحكمة النقض عند نظر طلب وقف التنفيذ ، هذا وأنه يجب أن ينظر ويفصل في طلب وقف التنفيذ - بالنسبة لأحكام المحكمين - قبل الفصل في موضوع الطعن وإلا أصبح لا محل له ومن ناحية أخرى من المقرر نظر الطلب دون إبلاغ النيابة العامة إذا لم ينص القانون على هذا الإبلاغ بالنسبة لوقف التنفيذ من محكمة الإلتماس .

(١) اصول التنفيذ ، د. أحمد ماهر زغلزل .

(٢) اصول التنفيذ ، ماهر زغلزل .

من قانون المرافعات وذلك أنه ليس من المنطقي أن يسمح المشرع بإعادة النزاع إلى ساحات القضاء والمحاكم في صورة طعن بالاستئناف لواجه مشاكل الإجراءات والنفسات التي أراد في الأصل تفاديها فأحكام المحكمين على العكس من أحكام المحاكم العادية لا يمكن أن نصنفها إلى أحكام ابتدائية وأحكام إنتهائية فجميعها أحكام إنتهائية حازة لقوة الأمر المقضى وهي بهذه الصفة تقبل التنفيذ بمجرد صدور أمر التنفيذ ولا ينطبق عليها قواعد النفاذ المعجل^(١) .

لهذا فإن طرق الطعن على حكم المحكمين هي :

(أولاً : الطعن على طريق التماس إعادة النظر :

نظمت المادة ٥١١ من قانون المرافعات طريق الطعن في أحكام المحكمين وذلك بالتماس إعادة النظر ويكون من أسباب التماس إعادة النظر أي سبب من الأسباب التي نص عليها القانون بالنسبة لأحكام المحاكم العادية في المادة ٢٤٦ منه ، باستثناء حالة ما إذا كان الحكم قد قضى بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه إذ في هذه الحالة يكون المحكم قد خرج عن حدود الإتفاق على التحكيم ويمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكمه وفقاً لنص المادة ١/٥١٢ من قانون المرافعات ، ورغم أن الأصل في الإلتماس رفعه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فإن التماس إعادة النظر في حكم المحكمين لا يرفع إلى هيئة المحكمين التي أصدرته إذ هذه تنتهي مهمتها بإصدار الحكم بل يرفع هذا الإلتماس إلى المحكمة التي كانت أصلاً من اختصاصها نظر الدعوى ، ويرفع الإلتماس وفقاً للقواعد المطبقة على أحكام المحاكم ، أي أنه يرفع عن طريق عريضة يبين فيها الطاعن الأسباب التي إرتكر عليها في إلتماس إعادة النظر ، ويجوز أن يطلب إيقاف التنفيذ بالنسبة لحكم المحكمين في أي حالة كان عليها الطعن بالتماس

ثانياً : الطعن عن طريق دعوى البطلان والاثار المترتبة عليها :

إجازة المشرع أن يتفق أطراف الخصومة على التحكيم فى منازعات معينة وبين الإجراءات والقواعد التى تتبع فى هذا . والتحكيم فى هذا يستند إلى الاتفاق على التحكيم مسبقاً ولهذا فإن حكم المحكمين وإن كان يجوز حجبية الأمر المقتضى يمكن أن ترفع بشأنه دعوى بطلان كما هو الحال بالنسبة للعقود ولهذا يختلف حكم المحكمين عن أحكام المحاكم التى تسرى بشأنها قاعدة « لا دعاوى بطلان ضد الأحكام »^(١) وأن القانون المصرى نظم دعوى البطلان كدعوى أصلية ضد حكم المحكمين ، ترفع هذه الدعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى وهذه الدعوى ليس لها ميعاد معين ترفع فيه فيجوز رفع الدعوى مالم تسقط بالتقادم أى بمضى ١٥ سنة ، وتختص بنظر دعوى البطلان المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع .

وقبل أن نبين الحالات المحددة التى يترتب على وجود إحداها رفع دعوى البطلان فيجب أن نفرق بين البطلان النسبى والبطلان المطلق .

فالبطلان النسبى وهو لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع البطلان لصالحه فقط والبطلان المطلق وهو البطلان المتعلق بالنظام العام فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ويطلب وقف تنفيذ الحكم بسبب هذا البطلان وعلى ذلك يجوز للتفسير الذى لم يكن طرفاً فى حكم المحكمين أن يستشكل فى تنفيذه متى أوقع الحجز على ماله أو مال للمدين تحت يده ويؤسس إشكاله على هذا البطلان^(٢) .

« الحالات التى يجوز فيها رفع دعوى البطلان وهى محددة على سبيل المحصر وفقاً لنص المادة ٥١٢ مرافعات وهى :

(أ) إذا كان الحكم قد صدر دون إستناد إلى وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم أو إستند إلى وثيقة باطلة أو شرط باطل أياً كان سبب بطلانه أو صدر بعد إنتهاء الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه أو صدر فى غير حدود النزاع الذى أئفق التحكيم بشأنه .

(ب) إذا كان موضوع النزاع محل التحكيم لم يحده من الأطراف فى إتفاقهم على التحكيم أو على الأقل أثناء المرافعة أو إذا كان التحكيم ينصب على مسألة لا يجوز التصالح فيها ، أو كان أحد الأطراف قد أئفق على التحكيم وهو لا يتمتع بأهلية التصرف فى حقوقه وإذا كان المحكم قاصراً و محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه إعتباره .

(ج) إذا صدر الحكم من محكمين لم يتفق عليهم المحصم أو صدر من بعضهم دون أن يكون مأذوناً لهم بالحكم فى غيبة الآخرين .

(د) إذا وقع بطلان فى الحكم كما لو كان الحكم لم يسبب أو لم يوقع عليه أو وقع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم .

ويلاحظ أن دعوى البطلان جائزة ولو حدث النزول عن الطعن فى الحكم ذلك أنها لا تعتبر طريقاً للطعن بالمعنى الصحيح ومن ناحية أخرى فإنه لا يجوز النزول مقدماً عن التمسك بالبطلان على أنه إذا صدر الحكم فلن له الحق فى التمسك بالبطلان النزول عنه ولكن هذا النزول لا يلزم غيره من أطراف عقد التحكيم إذا كان لهذا الطرف الأخير الحق فى التمسك بالبطلان .

ويتسرب على رفع الدعوى بطلب بطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه فوراً ما لم تقتضى المحكمة بالإستمرار فى التنفيذ بناء على طلب المحكوم له ، ويشترط فى هذه الحالة أن يطلب الخصم الذى أضير

(١) قضا - التنفيذ . د. فتحي والى .

(٢) القضا - المستجمل وقضا . التنفيذ . الديناصورى وعكاز

البطلان ، وإذا كان المحصورة لا تقبل التجزئة بنص القانون أو بحسب طبيعتها أو كان الحكم صالحاً فإن الدعوى يطلب بطلان حكم المحكمين في شق من الموضوع توقف تنفيذ الحكم برمته ، وتستتبع طرح النزاع برمته أمام المحكمة ^(٢) .

وإذا كان من المقرر وفقاً لنص المادة ٥١٢ مرافعات أنه يترتب على رفع دعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذ الحكم إلا أنه إذا خالف المحضر ذلك واستمر في التنفيذ كان للمنفذ ضده أن يلجأ للقاضي التنفيذ بإشكال وقتي طالباً وقف التنفيذ فإذا انتزع للقاضي ذلك فإنه يأمر بوقف التنفيذ ، وإذا صدر الحكم برفض الدعوى يطلب بطلان حكم المحكمين يعتبر هذا الحكم بمثابة حكم بالإستمرار في التنفيذ ، والحكم في هذه الحالة يقبل التنفيذ الجبري أو لا يقبله ، أو يقبل النفاذ المعجل أو لا يقبله حسب القواعد العامة بمعنى أنه إذا صدر الحكم برفض الدعوى يطلب بطلان حكم المحكمين وكان قابلاً للإستئناف ولم يكن مشمولاً بالنفاذ المعجل فإنه لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين ما لم تكن قد قضت المحكمة من قبل بناء على طلب المحكوم له بالإستمرار في التنفيذ وأن الحكم في الدعوى ببطلان حكم المحكمين لا يخول للمحكمة الفصل في موضوع النزاع الأصلي إلا إذا تمسك أحد الخصوم بذلك ^(٣) .

ويجوز لطالب التنفيذ أن يطلب الإستمرار في التنفيذ إذا امتنع المحضر عن التنفيذ بحجة رفع دعوى البطلان رغم أن طالب التنفيذ قدم مايدل على شطب الدعوى ومضي ستين يوماً دون تجديد فيها فإنه يتعين على قاضي التنفيذ في هذه الحالة أن يحكم بالإستمرار إذا إستبان له من ظاهر الأوراق جدية دفاع طالب التنفيذ .

من وقف التنفيذ المترتب على رفع الدعوى الإستمرار في التنفيذ ويجوز إيداء هذا الطلب شفاهة بالجلسة في مواجهة الخصوم الآخرين بإعتباره طلباً عارضاً كما يجوز رفعه بصحيفة تقدم إلى قلم الكتاب وفقاً للمادة ٦٣ مرافعات ، وتقضى المحكمة في هذه الحالة في الطلب بالرفض أو القبول من ظاهر الأوراق دون التعمق في بحث الموضوع الخاص بالنزاع وهذا الحكم لا يقيددها عن الفصل في الموضوع فلها أن تقضي خلافه ولا يطلب منها إيداء الرأي ^(١) . وأنه يترتب على دعوى البطلان وقف التنفيذ فوراً لأن المقصود من هذه الدعوى إنكار كل سلطة للحكم فيما فصل فيه ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الإعتبارات التي بنيت عليها الدعوى ، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحاً للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بإنكاره أو بطلانه خاصة وأن أسباب البطلان في التحكيم تتصل بعدم مراعاة القواعد الأساسية في التقاضي فإذا كان الحكم باطلاً ومينياً على إجراءات باطلة فمعنى هذا أن المحكم قد أغفل ما لا يجوز إغفاله على أسس الإجراءات وأنه قد أهدر حقوق الخصوم بما قد يجعلهم في حالة تتساوى مع حالة إنكار سلطته كمحكم وذلك لأن المحكم لا يراعي جميع إجراءات المرافعات ولا يحاسب بما يحاسب به القضاء في هذا الصدد ، وإلا ما أمكن تصور فائدة ما من التحكيم .

وإذا كانت المحكمة قلل أن تقضى بالإستمرار في التنفيذ بصفة مؤقتة ريثما تفصل في دعوى البطلان ، فإنها تمكك أيضاً اشتراط تقديم كفالة في هذا الصدد أو أن تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حقوق الخصوم - ومن يملك الكثير يملك القليل - وإذا تضمن حكم المحكمين عدة مسائل ورفعت الدعوى ببطلان شق من الحكم فإن هذا الشق وحده هو الذي يقف تنفيذه بقوة القانون ، سواء صدر الحكم برمته ضد رافع دعوى البطلان أو صدر ضده فنقط في هذا الشق الذي رفع بصدده دعوى

(١) قضاء الامور المستعجلة ، للمستشارين . راتب ونصر الدين كامل .

(٢) التحكيم ، د . أحمد أبو الوفا .

(٣) المرجع السابق .

خاتمة :

تقييم نظام تنفيذ أحكام المحكمين :

بعد أن تحدثنا في الدراسة السابقة عن تنفيذ أحكام المحكمين والتي قسمناها إلى تمهيد ومبحثين وخاتمة التمهيد اشتمل على تعريف بأحكام المحكمين والأسباب والدوافع التي أدت إلى وجوده في قانون المرافعات والشروط الواجب توافرها في المحكمين .

والمبحث الأول : قسم إلى مطلبين ، المطلب الأول وفيه تحدثنا عن الشروط الواجب توافرها للحكم حتى يكون قابل للتنفيذ ، والمطلب الثاني تحدثنا فيه عن الإجراءات الواجب إتباعها عند تنفيذ حكم المحكمين

والمبحث الثاني : تحدثنا فيه عن طريقة الطعن في حكم المحكمين وقسم إلى مطلبين ، المطلب الأول وتحدثنا فيه عن الطعن عن طريق إلتماس إعادة النظر والمطلب الثاني تحدثنا فيه عن الطعن عن طريق دعوى البطلان والأثر المترتب عليها .

وسوف نتحدث الآن في خاتمة البحث عن تقييم نظام تنفيذ أحكام المحكمين :

• يتضح من البحث المتقدم أن المشرع في قانون المرافعات راعى التوازن وتحقيق المساواة بين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع وبين إرادة وحرية أفراد المجتمع وذلك في نظام أحكام المحكمين ويتضح ذلك من النقاط الآتية :

أولاً : أطلق المشرع الحرية للأفراد في الإلتجاء إلى الطريق الذي يروق لهم من أجل حل المنازعات الناشئة بينهم .

إن المشرع في قانون المرافعات أوجد طريقتين للتقاضي وفصل المنازعات ، الأول عن طريق السلطة العامة القضائية والثاني عن طريق المحكمين فالمشرع

يجيز إتفاق الخصوم على طرح النزاع على المحكمين بدلاً من طرحه على المحكمة المختصة في الأصل بنظر النزاع وهذا مبعثه الثقة في حسن تقدير هذا المحكم وفي حسن عدالته كما يكون من الأسباب التي تؤدي بالأفراد إلى طرح النزاعات على المحكمين إختصار الوقت الذي يطيل أمد النزاع عند الإحتكام للسلطة العامة وتجنب التكاليف الباهظة من جراء ذلك فالأفراد أحرار بين اللجوء إلى السلطة العامة القضائية وبين اللجوء إلى المحكمين لفصل النزاعات الناشئة بينهم حسب قانون المرافعات .

ثانياً : منح المشرع إستئناف أحكام المحكمين :

تنص المادة ٥١٠ من قانون المرافعات على أن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بالإستئناف هذا إستثناء من القواعد العامة كما أنها غير قابلة للطعن بالنقض ، وهذا من أهم مبادئ العدالة في نظام المحكمين فإذا كانت الثقة في حسن تقدير المحكم وفي حسن عدالته هي مبعث الإلتفاق على التحكيم يكون من المغالاة في تحقيق ضمانات الخصوم أن يكون الحكم قابلاً للإستئناف ، وذلك أن الإستئناف معناه إهدار هذه الثقة الموجودة في المحكم والسبب في إختياره للتحكيم ، ولهذا نص القانون على أن حكم المحكمين لا يجوز الطعن فيه بالإستئناف وقرر أيضاً أن التحكيم يفرض على الورثة ولو كانوا من القصر متى كان مورثهم قد اختار المحكمين قبل وفاته ^(١) ، أي أن المشرع وازن أيضاً بين حرية الأفراد في إختيار المحكمين وبين فرض السلطة عليهم عندما منعهم من إستئناف حكم المحكمين السابق إختيارهم لهم .

(١) التحكيم ، د. أحمد أبو الرضا .

المحكمين ، وهذا توازن بين إرادة أفراد المجتمع والسلطة العامة من أجل تحقيق العدالة والتطبيق الصحيح لأحكام القانون .

الخلاصة :

بالرجوع إلى البحث المتقدم نجد أن المشرع فى قانون المرافعات وازن بين عند تنفيذ أحكام المحكمين بين إرادة الافراد وحريرتهم وذلك عن طريق إتاحة الحرية لهم فى الإتفاق على إنها ، طرح الخصومة عن طريق المحكمين ، وبين السلطة العامة المسئولة عن تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع عندما أتاح لها الحق فى التدخل عند إجراء عملية التنفيذ بناءً على حكم المحكمين بإصدارها أمر التنفيذ من قاضى التنفيذ الموجود فى المحكمة المختصة أصلاً بحل النزاع ، وهذا كله إن دل على شيء إنما يدل على مدى مراعاة المشرع لحرية الأفراد ولتحقيق العدالة بينهم والتوازن بين السلطة العامة وبين حرية الأفراد فى إجراء التحكيم

ثالثاً : **تطلب المشرع أن يصدر قاضى السلطة العامة أمر التنفيذ عند إجراء التنفيذ بناءً على حكم المحكمين :**

بينما فيما سبق أن المشرع ترك للأفراد الحرية فى اختيار طريق التقاضى الذى يروق لهم ولكنه تتطلب تحقيق التوازن بين آراء الأفراد والسلطة العامة عندما منع على المحضرين أن يقوموا بتنفيذ حكم المحكمين الغير موجود عليه الصيغة التنفيذية للأحكام والغير صادر له أمر تنفيذ من قاضى التنفيذ الموجود فى المحكمة المختصة أصلاً بحل هذا النزاع ، أى أن المشرع تطلب عند إجراء التنفيذ لأحكام المحكمين أن تصدر السلطة المختصة بالتنفيذ أمر بالتنفيذ ، وذلك لخطورة التنفيذ وتأثيره على المراكز العامة للأفراد أى أن المشرع هنا أعاد إلى السلطة العامة القضائية مسئوليتها قبل أفراد المجتمع وذلك أنها تصدر أمر التنفيذ وتراقب عملية إجراء التنفيذ بناءً على حكم

دعاء

اللهم أشكو إليك ضعف قوتى وقلة حيلتى وهوانى على الناس يا أرحم
الراحمين ... أنت رب المستضعفين ، وأنت ربى .. إلى من تكلنى ؟ ... إلى
بعيد يتجهمنى ، أم إلى عدو ملكته أمري .. ان لم يكن بك على غضب فلا
أبألى ... لكن عافيتك هى أوسع لى .. أعوذ بنور وجهك الذى أشرقت له
الظلمات ... واصلح عليه أمر الدنيا والآخرة من أن نترك بى غضبك ... لك
العتبى حتى ترضى ... ولا حول ولا قوة إلا بك ..

**الدفاع الشرعى
في
الشريعة الإسلامية ..
والقانون الوضعى**

**للسيد الأستاذ / منتصر الزيات
المحامى بالاستئناف العالى
ومجلس الدولة**

الفصل الأول

الجريمة وأسباب الإباحة

المبحث الأول: الجريمة .. تعريفها .. وأركانها .

المبحث الثاني: أسباب الإباحة

المبحث الأول

الجريمة .. تعريفها .. أركانها

١ - التعريف القانوني للجريمة .

« يختلف تعريف الجريمة باختلاف المجال الذي تدرس في نطاقه سواء في مجال الدين أو الأخلاق أو القانون أو علم الاجتماع أو علم النفس على أن ما يعنينا هو تعريف القانون للجريمة وبالمذاق تعريف القانون الجنائي لها .

ودرجت معظم التشريعات على عدم تعريف الجريمة ومن ذلك القانون الفرنسي والإيطالي والمصري والليبي وهو خطة سليمة لأن إيراد تعريفات في التشريع سلوك منتقد ، فقد لا يجيء التعريف جامعاً مانعاً فيغل يد مفسر القانون ومطبقه ومن الأفضل ترك التعريف للفقه بصيغته في ضوء ما تكشف عنه التطبيقات العلمية وتقدم الفقه القانوني وبذلك يصيح التعريف مرشداً دون خشية من أن يتقلب إلى قيد .. ومن التشريعات القليلة التي تعرف الجريمة القانون الأسباني الصادر سنة ١٩٢٨ في مادته الأولى والقانون اليوناني والصادر سنة ١٩٥٠ «المادة ١٤» والقانون الأثيوبي الصادر سنة ١٩٥٧ «المادة ٢٣» ومن الملاحظ أن التشريعات الأنجلوساكسونية والقوانين التي أخذت عنها كالقانون السوداني تكثر من وضع التعريفات وضرب الأمثلة »^(١) .

« والجريمة كفكرة قانونية عامة هي سلوك يحظره القانون ويرتب عليه له جزاء .. غير أنه لما كانت

الجزاءات القانونية تتنوع وتباين في طبيعتها فقد إقتضى هذا أن تتعدد مدلولات الجريمة في القانون تبعاً لتنوع وتباين الجزاءات التي يفرضها بصور السلوك المحظور .. فبالإضافة إلى جانب الجريمة الجنائية توجد الجريمة المدنية والجريمة التأديبية »^(٢) .

٢ - التعريف الفقهي للجريمة :

وقد اختلفت مذاهب الفقهاء في تعريف الجريمة .. فمنهم من اقتصر على تعريفها بأثرها القانوني فصورها على أنها « كل فعل ينهي عنه القانون ويفرض له عقوبة »^(٣) . وآخرون تناولوا بصياغة تعريف شامل للجريمة يبرز مقوماتها الأساسية إلى جانب الأثر الذي يترتب عليها القانون فعرفوها الجريمة بأنها « فعل صادر عن إرادة آتمة يعاقب عليه القانون لإنتوائه على مساس بحق أو مصلحة جديرة بالحماية »^(٤) . أو « فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً »^(٥) وعليه فالجريمة « سلوك غير مشروع سواء كان فعلاً أو إمتناعاً يمكن إسناده لمرتكبه ويقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً »^(٦) .

« ووفقاً للفقه التقليدي تعرف الجريمة بأنها سلوك إيجابي أو سلبي إنساني يخالف نصاً من نصوص التجريم . فمناط عدم المشروعية إذاً يتحصل في مجرد المخالفة الشكلية لأوامر الشارع ونواهي »^(٧) .

« والجريمة عند دعاء الفقه الوضعي هي سلوك إنساني مناهض للقيم والمبادئ الأخلاقية السائدة في المجتمع ولو لم يكن الشارع قد ضمنه نصاً من نصوص التجريم والعقاب فمناط عدم المشروعية إذاً يتحصل في تعارض سلوك الجاني مع المبادئ الأخلاقية العامة ولو لم يكن محل تقدير مسبق من جانب الشارع »^(٨) .

« والصحيح أن السلوك الإنساني لا يعد جريمة إلا بتوافر شرطين :-

الأول : أن يكون مخالفاً لنص تشريعي محدد .

والثاني : أن يكون منظوياً على إهدار لإحدى المصالح الجوهرية التي أسدل عليها الشارع الجنائي حماية وإعتبر المساس بها جريمة . . « (٩١) .

٣ - أركان الجريمة :

وجملة التعريفات السابقة تبرز المقومات الأساسية للجريمة فتوضح أن كل جريمة تتطلب بالأقل ركنين أساسيين .

أولهما : - ما يعبر عنه بالركن المادي ويتمثل في فعل أي سلوك ملموس في العالم الخارجي إيجابي أو سلبي يتحقق به الاعتداء على حق يحميه القانون .

وثانيهما : - الركن المعنوي أو ما يصح التعبير عنه بالإرادة الآتمة وهو عبارة عن علاقة بين نفسية الجاني وماديات الجريمة تتحقق على نحو يسمح بتأثير إرادته وجعلها محلاً للوم القانون فيما إنجبت إليه من عمل أو إمتناع « (٩٠) .

« ويضيف البعض ركناً ثالثاً للجريمة هو ما يعرف بالركن الشرعي « وهو الصفة غير المشروعة التي تتأتى من خضوع الفعل أو الإمتناع لنص في القانون ينهى عن إثباته أو يأمر بالقيام به ويرتب على مخالفة ذلك عقوبة أو تدبيراً احترازياً وثبوت الصفة غير المشروعة يفيد بالضرورة عدم وجود سبب من أسباب الإباحة يرفع عن الفعل أو الإمتناع هذه الصفة « (٩١) .

« ويذهب الفقهاء الإيطاليون أيضاً إلى القول بأن الركنين المادي والمعنوي هما نواة الجريمة ولكنهم درجوا على إضافة عنصرين آخرين إليهما وهما العنصر المفترض وشروط العقاب « (٩٢) .

« والعنصر المفترض أمر يفترض القانون توافره وقت مباشرة الجاني لنشاطه ويستقل عن ركنها المادي بحيث

يمكن أن يتحقق هذا الركن بدونه « (٩٣) . وبغير وجوده لا تضافى على السلوك الصفة غير المشروعة ومن أمثلته . . حالة الحمل في جريمة الإجهاض « المادة ٦٠ عقوبات . وملكية الغير للمال في جريمة السرقة « المادة ٣١١ » ووجود دعوى في جريمة شهادة الزور « المادة ٢٩٤ » صفة الموظف العمومي في جريمة الرشوة « المادة ١٠٣ » وصفة التاجر في جريمة التفاضل « المادة ٣٢٨ » وكون القذف عن طريق الصحف أو غيرها من طرق العلانية « المادة ٣٠٢ » « (٩٤) .

« وقد أيد بعض الفقهاء إعتبار العنصر المفترض من الأركان المستقلة ولكن غير لازم في كل الجرائم فهو ركن خاص في جرائم معينة « (٩٥) .

بينما ذهب البعض لإعتباره من ملائسات السلوك المكون للجريمة ولا يستقل عن الركن المادي للجريمة « (٩٦) .

« أما شرط العقاب فهو حدث مستقل عن السلوك الإجرامي ولا يتوقف وجوده على إرادة القائم بالسلوك ومع ذلك يلزم تحقيقه لتوقيع العقاب . . ومن أمثلته . التنبيه بالدفع على من صدر عليه حكم بدفع نفقة وامتنع عن الدفع مع القدرة عليه فالجريمة لا تقوم في حقه إلا إذا سبق التنبيه عليه بالدفع « المادة ٢٩٣ عقوبات . وتوقف التاجر عن الدفع حتى يسأل عن جريمة الإفلاس بالتدليس « المادة ٣٢٨ عقوبات » « (٩٧) .

وأيد بعض الفقهاء إعتبار شرط العقاب عنصراً لازماً لقيام الجريمة بحيث لا توجد بدونه ولو توافرت في الفعل العناصر الأخرى « (٩٨) بينما ذهب آخرون إلى عدم إعتباره كذلك فهو واقعة خارجة عن كيان الجريمة وليس من أركانها وإنما هو مجرد شرط لازم في سبيل إستحقاق العقاب عليها « (٩٩) .

بالمصلحة المحمية أو يحقق مصلحة أخرى أولى منها برعاية القانون وحينئذ تنتفي علة التجريم فسقطت عن الفعل صفة الجريمة وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه نظرية أسباب الإباحة التي سيتحدث عنها المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الثاني أسباب الإباحة

١ - أقسام الفعل المباح :

« الفعل المباح في القانون الجزائي نوعان : إما أن يكون مباحاً بإباحة أصلية أو مباحاً بإباحة طارئة .

أما الأول : فهو كل ما لم ينص القانون على تجريمه أو توقيع العقاب عليه . أخذاً بقاعدة « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني » .

وأما النوع الثاني من المباح فهو المأذون بفعله بعد أن كان ممنوعاً إذا وجد سبب من أسباب الإباحة المنصوص عليها في القانون قبل حالة الدفاع الشرعي .. فهذا النوع منصوص على تجريمه أصلاً ولكنه يباح عند وجود سبب يقتضي الإباحة وتنتج المسؤولية المدنية والجنائية عليه » (٢٢) .

٢ - أسباب الإباحة كقواعد قانونية :

« يشتمل قانون العقوبات على نوعين من القواعد الجنائية : قواعد « مجرمة » وقواعد « مرسخة » أو « مبيحة » (٢٣) . ونفس التقسيم ولكن بتعبير آخر إلى « قواعد إيجابية وهي التي تأمر أو تنهى عن سلوك معين ، وقواعد سلبية وهي التي تعطل تطبيق القواعد الإيجابية في ظل ظروف معينة ومن قبيلها القواعد المبيحة والمعطية » (٢٤) .

« القاعدة المبيحة هي تلك التي ترفع عن سلوك ما وصف الجريمة رغم أنه ما ينطلق عليه في الأصل هذا

والباحث يرى أن الجريمة تقوم على ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي يفهميهما السابقين حيث يرى أن الركن الشرعي « أمر خارج عن مكونات الجريمة منفي للتجريم هو الذي يخلق الجريمة .. كما عدم مشروعية الفعل وصف يلحقه نتيجة لتعارضه مع مقتضى النص الجنائي ومن ثم لا يمكن إعتباره ركناً مستقلاً عن الفعل يضاف إليه في بناء الجريمة لأن الصفة لا تنفصل عن الموصوف وإثما تدمج فيه » (٢٥) .

« كما يرى أن العنصر المفترض مجرد تطبيق لأحد أركان الجريمة وقد يكون جزءاً من الركن نفسه وهو نفس الرأي بالنسبة لشرط العقاب حيث لا يمكن إعتباره ركناً مستقلاً بل مجرد تطبيق لأحد ركني الجريمة » .

٤ - مبدأ شرعية الجريمة والعقاب :

ومن تعريف الجريمة أيضاً يتضح لنا « أن القانون هو المصدر الوحيد للتجريم فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني وهذا هو ما يعرف بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومؤداه أن كل فعل لم يحظره القانون في أحد نصوصه ولم يفرض له عقوبة محددة لا يصح إعتباره جريمة ولا يمكن تحميل مرتكبه مسؤولية جنائية » (٢٦) .

وقد حرصت الدساتير المصرية منذ سنة ١٩٢٣ على تأكيد هذا المبدأ وتنص عليه صراحة المادة ٦٦ من الدستور الدائم المعصّل به حالياً حيث تنص « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على القانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » .

ويتضح من التعريف أيضاً أن علة التجريم « إنطواء الفعل المجرم على مساس بحق أو مصلحة يعتد بها القانون ويستهدف كفالتها بتجريم هذا الفعل وينبغي على هذا أن الفعل الذي يعد جريمة في الظروف العادية قد يقع في ظروف خاصة لا ينطوي فيها على مساس

أحداث أو مواقف معينة تلابس واقعة لها - شكلا - المظهر الخارجي للجريمة فتصحو عنها صفة عدم المشروعية الجنائية وتحيلها واقعة مشروعة » (٢٩) . بل هناك من يرى « أن الواقعة فى حالات الإباحة تكون مشروعة شكلاً وموضوعاً فى مواجهة الكافة » (٣٠) .

نخلص مما سبق « أن أسباب الإباحة لا تقهر الجريمة بعد سبق وجودها ولا تنتهى حق الدولة فى العقاب بعد نشأتها بل تحول دون قيام الجريمة ابتداءً وبالتالي دون وجود العقوبة فهى إذ ترد على الفعل تحيله فعلاً مشروعاً من بداية نشوئه » (٣١) .

٣ - الأساس المنطقي لأسباب الإباحة :-

والأساس المنطقي لأسباب الإباحة يقوم على أن المشرع « يستهدف من القواعد الجنائية الإيجابية أي من نصوص التجريم حماية مصالح المجتمع وضمان المحافظة على حقوق وسلامة الأفراد غير أن السلوك قد يباشر فى ظروف لا يصح فيها تطبيق نص التجريم لأن تطبيقه فى هذه الظروف لا يحقق الغرض الذي يستهدفه المشرع أو لأن إباحة السلوك فى هذه الأحوال تحقق للمجتمع مصلحة أولى بالرعاية من المصلحة التي تتحقق لو أعمل نص التجريم » (٣٢) . « وأساس ذلك إنتفاء علة التجريم فى الظروف التي ارتكب فيها الفعل » (٣٣) . « ومن هنا يتبين قيام التناقص بين نصوص التجريم ونصوص الإباحة فالأولى يبتغى بها المشرع تحقيق هدف معين ، والثانية تحول دون تطبيق نصوص التجريم إذا يوشر السلوك فى ظروف ينتفي فيها تحقيق هذا الهدف » (٣٤) .

٤ - علة الإباحة :

« إختلفت آراء الفقهاء فى تحديد العلة التي سببها تثبيت صفة الإباحة لسلوك غير مشروع أصلاً فإنهم رأوا إلى تفسير ذلك بأن الفعل المطابق لنموذج الجريمة لا

الوصف » (٣٥) . فهي لا تحدد الجريمة والعقوبة بل تبيح فى ظروف معينة إرتكاب للسلوك المكون للجريمة أي أن من شأن هذه القواعد رفع الصفة الإجرامية عن الواقعة برغم إستكمالها من حيث الظاهر لسائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة . - فهي تتضمن ظروف أو وقائع من شأنها أن تنزع عن الفعل غير المشروع أصلاً وصفه الإجرامى وتحيله فعلاً مشروعاً » (٣٦) . « فالعمل غير المشروع لتعارضه مع قاعدة جنائية نجد ما يبرره فى قاعدة جنائية أخرى تبينه فالشخص الذى يقع عليه الاعتداء بجريمة يمكن تحت شروط معينة - أن يدفع الاعتداء ، بفعل يعد فى الظروف العادية جريمة ولا يعد الفعل حينئذ جريمة لوجود قاعدة قانونية تبيح الدفاع الشرعي متى توافرت عناصره » (٣٧) .

وهذا يعني أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحة وعلى أساس من هذه الفكرة نستطيع تحديد الدور القانوني لسبب الإباحة : يفترض سبب الإباحة خضوع الفعل لنص تجريم وإكتسابه ابتداءً صفة غير مشروعة وينحصر الدور القانوني لسبب الإباحة فى إخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية .. ويتضح بذلك أن نصوص التجريم ليست مطلقة فثمة فيود تحد من نطاقها فتخرج منه أفعالاً كانت داخلة فيه وهذه القواعد هى أسباب الإباحة » (٣٨)

« والأصول التي تجرد فيها الواقعة من صفتها الإجرامية على الرغم من إستكمالها شكلاً لسائر العناصر التي تلزم لإعتبارها جريمة يجرى فى المصطلح الفقهي العربي تسميتها بحالات أو أسباب الإباحة ويسمى بعضها هذا الفقه بأسباب التبرير ، والأدق من الوجهة العلمية عند البعض تسميتها بحالات إنعدام الصفة الإجرامية أو المشروعية وأياً كانت التسمية المختارة لهذه الحالات فإنها فى جوهرها ظروف أو

٥ - طبيعة (أسباب) الإباحة :

« ولأسباب الإباحة طبيعة موضوعية - لا شخصية - من وجهتين أولهما من حيث كيانها الذي لا يضم أصلاً عناصر شخصية وثانيهما من حيث أثرها الذي ينصرف إلى الفصل لا إلى شخص الفاعل » (٣٧) .

« ذلك فإن الكشف عنها لا يعدو أن يكون خلاصة مقارنة بين قاعدتين أحدهما قاعدة تجريم والأخرى قاعدة إباحة دون أن يتطلب أصلاً بحثاً في نفسية الجاني » (٣٨) .

« فإناباحة الفعل هي نتيجة تصادم قاعدة تجريم مع قاعدة إباحة وأن الإباحة تعد لذلك ذات طبيعة موضوعية » (٣٩) .

وهناك من حدد طبيعة أسباب الإباحة على أنها ظروف شخصية ذات أثر موضوعي فهي شروط تتعلق بالحق القانوني وحسب نية إستعماله وعدم تجاوز حدوده وكل ذلك مما يتصل بشخص مرتكب السلوك ولا يتعداه إلى غيره أما الأثر الموضوعي فيتمثل في أن تحقق أحد هذه الظروف يعني إندعام معنى الجريمة أو الإجراء في مجملته أي بجانيه المادي والمعنوي مما مفاده إنتفاء كل المسؤولية » (٤٠) .

« أما الطابع الموضوعي لأثار الإباحة والذي يعني تعلق هذه الآثار بالتكييف القانوني للفعل دون أهلية المتهم للمسئولية الجنائية » (٤١) .

« على أن هناك إستثناءات ترد على هذه القاعدة فبعض أسباب الإباحة يعتد فيها بعناصر شخصية كحالة الشخص الذي يرتكب فعلاً يعد جريمة وهو ينفذ أمراً صادراً إليه من رئيس وجهت عليه طاعته أو تنفيذاً لما يأمر به القانون ففي هذه الحالة لايد أن يكون الشخص حسن النية معتقداً أنه ينفذ أمراً مشروعاً » المادة ٦٣ « ولكن فيما عدا ما نص عليه صراحة في هذا الشأن لا تكون لحالة الشخص النفسية أو قدرته على الإدراك والإختيار أي تأثير في توافر سبب الإباحة » (٤٢) .

يكون تعدياً أو بغياً متى بدا وسيلة ملائمة لتحقيق أو بلوغ الحياة الاجتماعية المنظمة بواسطة الدولة . . . وأرجع رأي آخر هذه العلة إلى إنتفاء المصلحة من التجريم وحماية المصلحة الغالبة . . . وعند فريق آخر من الفقهاء هي إنتفاء القصد والغاية والباعث الإجرامي (٣٥) « فعلة التجريم وعلّة الإباحة مرتبطتان بحيث يمكن إستخلاص ثانيتهما من أولهما ، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة فعلة تجريم القتل هي حماية الحق في الحياة ، وعلّة تجريم الضرب أو الجرح هي حماية الحق في سلامة الجسم ، وعلّة تجريم السرقة هي حماية الملكية . . . وعلّة الإباحة هي إنتفاء علة التجريم أي كون الفعل المباح لا يتاح بالإعتداء حقاً ، وفي عبارة أخرى تقول أن الإباحة حكم يستنتج - بمفهوم المخالفة - من نص التجريم إذا ما إنتفت علقته . . . وإنتفاء علة التجريم يتحقق في حالتين : حالة مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل الذي كان الأصل فيه يهدد حقاً لم يؤد في ظروف معينة يعد منتجاً هذا الإعتداء . . . وحالة غير مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل لا يزال ينتج الإعتداء ، ولكنه في الوقت نفسه يصون حقاً أجدر بالرعايا ويعني ذلك أن الفعل - وإن أنتج إعتداء على حق معين فهو لا ينتج إعتداء على حقوق المجتمع في مجموعها . . . ويعنى ذلك إنتفاء علة التجريم كالحالة الأولى سواء - بسواء ، والفرق بين الحالتين أننا نستطيع في الحالة الأولى إستخلاص سبب الإباحة بمجرد الرجوع إلى نص التجريم أما الحالة الثانية فتفترض رجوعاً إلى النظام القانوني في مجموع ومقارنة بين الحق المعتدي عليه ، والحق المصان ، وترجيح ثانيتهما على أولهما فالحالة الأولى تستند إلى مبدأ إنتفاء . . . الحق والحالة الثانية تستند إلى مبدأ رجحان الحق . . . والتمييز بين الحالتين هو في رأينا التقسيم العلمي لأسباب الإباحة وهو السبيل إلى تحديد علقها » (٣٦) .

للقياس لأن القياس المحظور هو فقط في محيط القواعد التوجيهية» (٤٦).

ولكن فريق آخر لا يرى أن النصوص التشريعية وحدها هي مصدر الإباحة « فقد يكون العرف مصدر لها وأن القياس جائز في تفسير نصوصها وعلّة ذلك أننا في مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ لن يؤدي الإعتداد بالعرف أو الإعتداد على القياس إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات .. بل يمكن الذهاب لأكثر من ذلك فنقرر أن ليس بشرط أن يستند سبب الإباحة إلى مصدر قانوني معين فقد يستخلص من مجموع النصوص القانونية وقد يرجع إلى المبادئ العامة للنظام القانوني وروحه .. فلا يشترط أن ينص القانون صراحة على سبب الإباحة وأن موضوع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعاً سواء من أفرع القانون» (٤٧) وما تقدم خلافاً للرأي السائد في الفقه والقضاء نرى أن أسباب الإباحة لم يحددها الشارع على سبيل الحصر» (٤٨).

« فأسباب الإباحة يمكن أن تستمد من أي تشريع غير جنائي أو حتى من قاعدة قانونية غير مفرغة في نص تشريعي لإباحة السلوك غير المشروع على ذلك يمكن أن تستخلص من العرف أو من القواعد التي يطبقها القاضي عندما يتعرض كسقتن لسد نقص تشريعي» (٤٩).

٧ - أحكام متعلقة بالإباحة

بقيت عدة أحكام متعلقة بأسباب الإباحة موزعها على النحو التالي :-

١ - نطاق آثار الإباحة :

« إذا توفر سبب الإباحة فصار الفعل مشروعاً استفاد من ذلك كل من ساهم فيه ، لا فرق في الأصل بين فاعل وشريك .. وتفسير ذلك أن الفعل المشروع لا

« وللطابع الموضوعي لأسباب الإباحة نتائج عدة أهمها أن تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الجريمة وأن الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها وأن القلوط في الأباحة لا يصدل الإباحة ذاتها» (٤٣).

« وأسباب الإباحة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية فالسبب المطلق « هو الذي يستفيد منه الناس كافة كالدفاع الشرعي أما السبب النسبي فيستفيد منه أشخاص معينون كالحصم الذي يقذف خصمه أثناء دفاعه أمام المحكمة » ، المادة ٣٠٩ عقوبات « وكالطبيب الذي يقوم بإجراء العمليات الجراحية» (٤٤)

٦ - مصادر الإباحة :

« تذهب قلة من التشريعات من بينها قانون العقوبات السوفيتي» المادة ٧ الفقرة ٢ « وقانون العقوبات المجري» المادة ١٤ فقرة ١ « إلى تحويل القاضي الحق في عدم تطبيق نص التجريم وإعتبار السلوك مباحاً إذا تجرد من الخطر الإجتماعي .. غير أن أغلب التشريعات ومن بينها القانون المصري لا تتضمن نصاً مماثلاً وتكتفي بإيراد أسباب معينة لإباحة السلوك وجعله مشروعاً .. ويذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء على أن النصوص الخاصة بأسباب الإباحة إنما وردت على سبيل الحصر فلا يجوز للقاضي أن يعتبر سلوكاً مباحاً إلا بناء على أحد الأسباب الواردة في القانون وذلك على أساس أنه لا يجوز تعطيل نص التجريم إلا إستناداً على نص آخر» (٤٥). « فإذا كان المشرع هو الذي يحدد الأفعال غير المشروعة لإعتدائها على المصالح التي أراد حمايتها جنائياً فمن الطبيعي أن يكون هو وحده الذي يقدر الظروف التي تبيح للفرد الإضرار بها ولذلك فإن أسباب الإباحة لا بد أن تكون واردة على سبيل الحصر غير أن حصرها لا يتعارض ومكنة تفسير القواعد المبيحة بالإلتجاء

« ومن الفقهاء أيضاً من ذهب إلى إعتبار الواقعة المرتكبة نتيجة الجهل بالإبادة جرمية ولكن ما ينسب إلى فاعلها هو - فحسب - الشروع فيها تأسيساً على أن الفاعل قد يباشر تنفيذ الفعل بقصد ارتكاب جريمة إلا أن أثر هذه الجريمة قد خاب لما تبين - فيما بعد - من أنها تمثل فعلاً مباحاً » (٥٦) .

٣ - الغلط في الإبادة -

« يقصد بالغلط في الإبادة إعتقاد الفاعل وجود سبب للإبادة مكتصل الشروط في حين لا يكون لهذا السبب وجود في الحقيقة وهو صورة عكسية لصورة الجهل بالإبادة .. فهل يعتد القانون بذلك الإعتقاد الوهمي ؟

« قررت بعض التشريعات صراحة الإعتداد بالغلط في الإبادة وتسوي بينه وبين الإبادة ذاتها في الأثر ومن ذلك القانون الإيطالي « مادة ٥٩ عقوبات » والقانون اليوغسلافي « مادة ٩ عقوبات » .. أما القانون المصري فلم يضمن نصوصه قاعدة عامة تحكم هذه المسألة ... ولكن ورد الإعتداد بها في بعض مواد قانون العقوبات مثل « مادة ٦٣ » الخاصة بالموظف الأميري « والمادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ » الخاصتين بالدفاع الشرعي .. وأحكام هاتين الحالتين تعبر حسبما يرى الفقه السائد وكما يرى القضاء كذلك عن إنجاء عام للمقنن المصري في التسوية بين الغلط في الإبادة والإبادة ذاتها من حيث الأثر طالما كان مبنى الغلط أسباب معقولة تبرر وقوع الإنسان العادي لو وجد في نفس الظروف في نفس الغلط .. » (٥٧) .

« فالغلط في الإبادة ينفيه القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يهزم الركن المعنوي للجريمة فلا يكون محلاً لقيام المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب وإذا نفي الغلط في الإبادة القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي فهو

يصلح محلاً للمساهمة الجنائية سواء أكان المساهم فاعلاً أم شريكاً .. ولا يخرج عن ذلك إلا « إذا كان سبب الإبادة نسبياً فلا يستفيد منه من ساهم في الفعل كفاعل له إلا من يقرر له القانون الإبادة وأما غيره فلا يستفيدون منه فالفعل الطبي أو الجراحي لا يباح إلا لطبيب فإن باشره غيره كان فعله غير مشروع ولكن من يساهم في الفعل كشريك يستفيد من الإبادة ولو كان لا يحصل الصنعة أو يحتل المركز الذي يحدده القانون » (٥٨) .

« وهناك رأي يرى أن الشريك يسأل بحسب قصد فإذا كان حسن النية لا يسأل أما لو كان سيئ النية فإنه يسأل ولا يستفيد من إبادة فعل الفاعل لعدم توافر شروط الإبادة بالنسبة له لسوء نيته » (٥٩) .

٢ - الجهل بالإبادة -

وهي حالة يطلق عليها بعض فقهاء القانون المصري إسم الجريمة الظنية أو الوهمية ويصفها البعض بالجريمة التصورية وتعني « عدم علم مرتكب الفعل بوجود سبب من أسباب الإبادة على الرغم من توافر هذا السبب حقيقة وفعلاً في دنيا الواقع وصدور الفعل عنه تبعاً لذلك وهو معتقد عدم مشروعيته وتشكيكه لجرمة .. أي يأتي الفعل وهو معتقد أنه يرتكب جريمة » (٥٦) . والقاعدة أن الأصل في الجهل بالإبادة أنه لا يحول دون توافرها ، « فحتى توافر سبب الإبادة أنتج أثره بطريقة موضوعية » فأسباب الإبادة ذات طبيعة موضوعية تجعل الفعل مشروعاً في ذاته سواء علم توافر سبب الإبادة أو جهل قيامه فهو يصبح مباحاً في الحالتين .. وهذا الرأي عليه غالبية الفقه المصري » (٥٧) .

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن « الواقعة تعد جريمة إذا لم يكن الفاعل يعلم سبب الإبادة ويريد إعماله » (٥٨) وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية « إشتراط العلم بتوافر سبب الإبادة حتى يتاح للمتهم أن يستفيد منه » (٥٩) .

كانت النتيجة التي يحدتها أحد المتجاوزين لحدود الإيابة لا يعاقب عليها القانون بإعتبارها جريمة خطئية فإن الجاني يظل مسئولاً عن جريمة عندية لأن الأفعال المتجاوز بها حدود الإيابة هي أفعال غير مشروعة وإن كان للقاضي أن يخفف عقوبته في حدود سلطته التقديرية « (٦٢) » .

« ولا يوجد في القانون المصري نص يتضمن هذا الحكم العام وكل ماورد هو نص المادة ٢٥١ الخاصة بتجاوز حدود الدفاع الشرعي ولذلك فإن ماعدا هذه الحالة يخضع للقواعد العامة » (٦٣) .

٨ - أنواع أسباب الإيابة :

أهم تقسيمات أسباب الإيابة تقسمان هما التمييزين الأسباب العامة والأسباب الخاصة .. والتمييز بين الأسباب المطلقة والأسباب النسبية ..

فأسباب الإيابة العامة يتصور توافرها بالنسبة لكل الجرائم ، أما الأسباب الخاصة فلا يتصور توافرها إلا بصدد جريمة أو جرائم محددة ، فالدفاع الشرعي سبب عام للإيابة إذ يبيح كل فعل تتوافر له شروطه أما حق الدفاع أمام المحاكم « المادة ٣٠٩ ع » فهو سبب خاص للإيابة إذ لا يبيح غير القذف والسب والبلاغ الكاذب .. والتمييز بين أسباب الإيابة المطلقة وأسباب الإيابة النسبية ضابطه أن الأولى قد يستفيد منها أي شخص كالدفاع الشرعي في حين أن الثانية لا يستفيد منها إلا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة ومثالها استعمال السلطة إذ لا يستفيد منه غير من كان موظفاً عاماً « (٦٤) » .

٩ - أسباب الإيابة في القانون المصري ..

« لم ترد أسباب الإيابة في قانون العقوبات المصري في موضوع واحد بل نصت على بعضها المادة ٦٠

بحول دون قيام المسؤولية الجنائية العمدية ولكن لا يحول دون قيام المسؤولية الجنائية غير العمدية إن توافرت سائر ظروفها » (٥٨) .

« فالغلط في الإيابة إن وقع من الشخص المعتاد فهو ينفي القصد الجنائي والخطأ غير العمدي أي أنه ينصب على الركن المعنوي فيلغيه فلا تقوم المسؤولية عن الجريمة وإذا كان الغلط في الإيابة لا يقع فيه الشخص المعتاد فإنه ينفي القصد الجنائي دون الخطأ غير العمدي فهو يحول دون قيام المسؤولية الجنائية العمدية ولكن لا يحول دون قيام المسؤولية غير العمدية إذا كان القانون يعاقب على النتيجة التي حدثت بإعتبارها جريمة خطئية » (٥٩) .

٤ - تجاوز حدود الإيابة :

« يقصد بتجاوز حدود الإيابة تلك الحالة التي يتوافر فيها سبب الإيابة ولكن يخل الفاعل بأحد الشروط التي يعلق عليها القانون إنتاج السبب لأثره فلا تسقط عن الفعل صنعة الجريمة على أن تتجاوز حدود الإيابة قد يكون بحسن نية بمعنى أن يكون الفاعل قد ارتكبه عن اعتقاد مخالف للواقع بأنه يأتيه في الحدود المقررة للإيابة وحينئذ يكون الدافع إلى الفعل غلط في الإيابة إذ مضى فيه الفاعل اعتقاداً منه على خلاف الحقيقة بأن هناك ما يبيحه في الصورة إلى إنتهى إليها » (٦٠) .

والقاعدة أن « للإيابة حدود يتعين الالتزام بها حتى يصبح السلوك مشروعاً أما إذا تجاوز الفاعل الحدود المقررة للإيابة فإن سلوكه يظل غير مشروع » (٦١) .

« فإذا كان الجاني قد تصمد تتجاوز حدود الإيابة فإنه يسأل عن النتيجة التي تحدث بوصف العمدة .. أما إذا كان التجاوز قد حدث خطأ فإن الجاني يسأل عن النتيجة التي تحدث بإعتبارها جريمة خطئية .. أما لو

القانون .. فتالشاع لا يلزم من يتهدده الخطر بأن يتحملة ثم يبلغ السلطات العامة لتتولى توقيع العقاب على المعتدي. ولكنه يبيح له أن يتولى بنفسه دفع الخطر عن طريق كل فعل يكون ضرورياً وملائماً لذلك ودفع الخطر يكون بالقبولولة بين المعتدي والبده فى عدوانه أو الإستمرار فيه إن بدأ فعلاً « (٦٦) .

« ويستند الدفاع الشرعي إلى غريزة طبيعية فى النفس البشرية حين تكون مهددة بالإعتداء. كما يستند إلى منطق الأمور فى الوقت ذاته إذ من غير المعقول أن يلزم المقتن الأفراد بتحمل الإعتداء غير المشروع من الغير .. وفى ذلك يقول العلامة بنشام : إن بقطة القضاء لا يمكن أن تقضى إطلاقاً عن بقطة كل إنسان على الحرص على ذاته فالخوف من القانون لا يمكن على الإطلاق أن يحول دون الأضرار إلى حد يخشى له فيه المقاومة الفردية للمعتدي عليه فإذا حرمت الفرد من هذا الحق فإنك بذلك تصيح شريكاً لكل الأضرار . أ - هـ بضاف لما سبق أن القانون عندما يكون بين باع بهم بالإعتداء وآخر مقصود بالبغي يجعل مصلحة المعتدي عليه أولى بالرعاية من مصلحة المعتدي » (٦٧) .

« والدفاع الشرعي سبب إباحة وليس هدفه الإجتماعي تخويل المعتدي عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الإنتقام منه وإنما هدفه مجرد وقاية الحق من الخطر الذى يتعرض له أي منع إرتكاب الجرائم أو منع التصادي فيها .. ومن ثم فهو ليس ضرباً من الإنتقام أو إقتصاص الإنسان لنفسه لإعتداء وقع عليه وإنما هو مقرر لفرء إعتداء واقف أو وشيك الوقوع عليه ولا يحول بالتالي دون عقاب المعتدي بعد دفع الخطر .. وقد أكدت محكمة النقض على ذلك مراراً بقولها « إن حق الدفاع الشرعي لم يشرع لمعاقبة معتد على إعتدائه وإنما شرع لرد العدوان أ. هـ » (٦٨)

« الخاصة بإستعمال حق مقرر بمقتضى الشريعة » المادة ٦٣ « الخاصة بإستعمال الموظف العمومي سلطته فى الباب التاسع من الكتاب الأول من القانون تحت عنوان أسباب الإباحة. وموانع العقاب (٦٥) .. بينما ورد الدفاع الشرعي فى المادة ٢٤٥ وما بعدها فى الباب الأول من الكتاب الثالث. الخاص بجرائم القتل والجرح والضرب .. كما وردت بعض أسباب خاصة للإباحة فى الموضع المتعلق بالجرعة التى يبيحها السب مثل المادة ٣٠٩ التى تبيح القذف والسب فى الدفاع أمام المحاكم وهذه الأسباب جميعها يمكن أن ترد إلى أربع أسباب لتسهيل بحثها هي :

١ - إستعمال السلطة .

٢ - أداء الواجب .

٣ - الدفاع الشرعي .

٤ - رضا المجني عليه .

وسوف نتناول فى الفصول التالية الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة وهو موضوع بحثنا ..

الفصل الثاني

الدفاع الشرعي فى القانون الوضعي

المبحث الأول : الدفاع الشرعي كسبب إباحة .

المبحث الثاني : أركانه وشروطه .

المبحث الثالث : قيود الدفاع الشرعي .

المبحث الأول

الدفاع الشرعي كسبب إباحة

١ - ماهية الدفاع الشرعي :-

« الدفاع الشرعي هو إستعمال القوة اللازمة لصدر خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحمي

سادامت لم تتجاوز حدود الحق .. » (٧٤) « كما أنه ليس حقاً مالياً شخصياً إذ وسع لا يفترض وجود مدين يقتضي منه صاحب الحق حقه » (٧٥) .

« وهناك إجماع متأثر بما ساد في تشريعات الثورة الفرنسية وقانون العقوبات الفرنسي الصادر ١٨١٠م يعتبر الدفاع الشرعي ليس فقط ممارسة لحق بل قياماً بواجب تفرضه متطلبات العدالة والمصلحة الاجتماعية للحيلولة دون المعتدي والإستمرار في اعتدائه .. وهم لا يقصون الواجب القانوني الذي يرتب القانون على عدم القيام به توقيع جزاء وإنما هو واجب اجتماعي يلبه المحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية » (٧٦) .

والصحيح « أن الدفاع الشرعي حق مقرر بمقتضى المبادئ العامة للقانون حيث لا يستند في نشوئه على نص قانوني معين فطور النصوص في هذا الشأن قاصر على مجرد تنظيم حق الدفاع وليس تقريره فهي تبين شروط الحق وحدوده حتى يمكن التفرقة بين حق الدفاع المشروع وبين الإنتقام غير المشروع » (٧٧) .

٣ - علة الإباحة في الدفاع الشرعي :-

على أي أساس اعتبر الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة ؟ والجواب هنا يبحث عن علة الإباحة في الدفاع الشرعي .. ومن ثم اختلفت الآراء وتباينت حول ذلك الأمر .

« فالرأي السائد في الفقه هو الذي يرجع أساس إباحة أفعال الدفاع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح أحقها بالرعاية وبما لا شك فيه أن مصلحة المدافع تعلو على مصلحة المعتدي ، فما يصيب المعتدي من ضرر بسبب إعمال الدفاع إنما يحدث دوماً لإعتدائه ولذلك كان من المتعين إظهار المدافع بأن يزيل القانون عن عمله الصفة غير المشروعة حتى يمكن من دفع الإعتداء ومن ناحية أخرى فإن أفعال الدفاع ليست

وقد يبدو الدفاع الشرعي للبعض على أنه تفويض قانوني للأفراد باستعمال سلطة الضبطية الإدارية في منع الجرائم في الحالات التي يستحيل فيها درء الاعتداء بالإلتجاء إلى السلطات العامة وهذا غير صحيح لأن الدفاع الشرعي ليس واجباً مفروضاً على المدافع وإنما هو رخصة له أن يستعملها دون أن يتعرض لأية مسئولية » (٧٨) .

٤ - التكليف القانوني للدفاع الشرعي :-

« الدفاع الشرعي حق تدخله المبادي القانونية العامة للمدافع لإستعمال القوة اللازمة لدفع الاعتداء غير مشروع يوشك أن يقع أو للحيلولة دون إستمراره ووصفت المواد من ٢٤٥ إلى ٢٥١ من قانون العقوبات الدفاع الشرعي بأنه حق » (٧٩) . . وهو حق عام يقرره الشارع في مواجهة الكافة ويقابله إلزام الناس بإحترامه وعدم وضع العراقق في طريق إستعماله ولذلك يعد غير مشروع كل فعل يعوق ذلك الإستعمال .. بل إن المعتدي لو قاوم أفعال الدفاع - طالما كانت في حدود الحق - فمقاومته غير مشروعة لأنها إعتداء على الحق الذي يقرره القانون » (٨٠) . . و « إعتبار الدفاع حقاً قرره القانون للمدافع يستخلص من النصوص التي نظمت أحكام هذا السبب من أسباب الإباحة إذا استعملت جميعاً عبارة حق الدفاع الشرعي » (٨١) .

« ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الدفاع الشرعي رخصة تميز للمدافع رد الإعتداء وليس حقاً لأن الحق يقتضي قيام رابطة بين دائن ومدين معين ويرى هؤلاء أن اعتبار الدفاع الشرعي حقاً تترتب عليه نتيجة لأن من التسليم بها - من وجهة نظرهم - وهو أن حق المدافع يقابله إلزام المعتدي بتحمل الدفاع وأن هذا الأخير يكون مسئولاً عن التعويض إذا عاق المدافع عن الدفاع الشرعي » (٨٢) . ويرد على هؤلاء « بأن هذه النتيجة ثابتة ومعترف بها فالمعتدي ملزم بتحمل أفعال الدفاع

فالدفاع الشرعي يتميز عن حالة الضرورة بتكليفه القانوني ويختلف عنه في بعض شروطه ..

فالدفاع الشرعي سبب إبادة أما حالة الضرورة فهي - في القانون المصري - مجرد مانع من المسؤولية .. ويعني ذلك أن فعل المدافع مشروع ولكن فعل من يوجد في حالة ضرورة غير مشروع وإن امتنعت مسئولية مرتكبه وعلى هذا النحو كان الدفاع الشرعي صورة محتازة من صور الضرورة ويرجع هذا الفارق إلى كون الخطر في الدفاع الشرعي صادراً عن فعل غير مشروع في حين لا يصدر عن مثل هذا الفعل في حالة الضرورة فقد يكون ناشئاً عن قوى الطبيعة أو عن فعل لم يجرمه القانون ومن ثم كان المدافع صاحب حق في أن يدفع الجريمة التي تهدده إذ أن المعتدي أولى بأن ترد إليه الآثار الضارة لفعله ، أما من يوجد في حالة ضرورة فليس له حق في أن يتخلص من الخطر عن طريق وضع شخص بريء فيه ، فإن فعل مملكه غير مشروع ولكن يلتمس له العذر فتمتنع مسئوليته عنه . فحق المعتدي عليه يفوق - من حيث القيمة الاجتماعية - حق المعتدي ولكن الحقين يتساويان في حالة الضرورة .. بالإضافة إلى ذلك فتمتد فروق أخرى بين الوضعين فالدفاع الشرعي يباح دفاعاً عن النفس والمال ، في حين لا محل لحالة الضرورة إلا إذا هدد الخطر النفس .. يستوي في الدفاع الشرعي الخطر جسيماً كان أم بسيطاً ولا يلتزم المدافع بالهرب في حين يتعين عليه ذلك إن كان هو الوسيلة للتخلص من الخطر الذي نشأت به حالة الضرورة » (٨١) .

٤ - الآثار القانوني لتوافر حق الدفاع الشرعي :-

« إذا توافرت الشروط التي يستلزمها القانون لقيام حق الدفاع الشرعي ولم يخرج المدافع عن القيود التي فرضها القانون على استعمال هذا الحق كان سلوكه مباحاً فلا ترتب عليه أية مسئولية جنائية أو مدنية لأن من قام به إنما استعمل حقاً مقرراً بالقانون .. ويترتب

إلا سلوكاً يقوم به الرجل المعتاد حين يجد نفسه مهدداً بإعتداء ومن ثم كان من اللازم أن يرفع عن هذا السلوك وصف عدم المشروعية » (٧٨) .

« وذهب رأي إلى إعتبار المدافع في حالة إكراه تزدي إلى إنتفاء المسؤولية الجنائية .. ويعيب هذا الرأي أنه في كثير من حالات الدفاع لا تنفي قدرة المدافع على الإختيار كما لو قام بالدفاع عن الغير أو كان الإعتداء بسيطاً لا يؤثر على إرادته (٧٩) .

« وذهب رأي آخر إلى القول بأن أساس الإبادة هو مقابلة الشر بالشر .. فتمتد مقاصة بين أذى الإعتداء وأذى الدفاع فجعل تدخل القانون بالعقاب غير ذي محل ويعيب هذا الرأي أنه يجعل الدفاع نوعاً من العقاب يوقعه المدافع على المعتدي في حين أنه لا يستهدف عقاباً ولكن مجرد وقاية الحق من خطر يهدده ، ثم إن فكرة مقابلة الشر بالشر تتطلب تعادلاً بين الإعتداء والدفاع وهو ما يندر أن يتحقق ..

وذهب رأي إلى القول بأن الدفاع هو إقرار لحكم القانون ذلك لأن الإعتداء نفي لحكم القانون والدفاع نفي لهذا النفي فهو حكم القانون بعينه .. ويعيب هذا الرأي أنه إذا كان الدفاع إقراراً لحكم القانون فلا يكون محل لتوقيع العقاب على المعتدي إذ يكون الدفاع جزاءً قانونياً كافياً لفعله وليس ذلك صواباً لأن الدفاع لا يجرّد الإعتداء من صفته غير المشروعة » (٨٠) .

٤ - الدفاع الشرعي وحالة الضرورة :-

« يقول كثير من الفقهاء إن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة وهذا القول هو السائد في الفقه الألماني حيث يطلق على الدفاع الشرعي وحالة الضرورة تعبير « حق الضرورة » .. ولعل ذلك ناتج عن أن الدفاع الشرعي يفترض التهديد بخطر ثم دفعه عن طريق فعل يمس حق الغير وهو نفس ما يفترضه حالة الضرورة .. ومع ذلك

المعتدي كان هذا الفعل غير مشروع ، ووجبت مسائلة المدافع عنه مسئولية غير عمدية كلما أمكن إستظهار خطأ في مسلكه .. أما إذا تجرد مسلك المدافع من الخطأ بأن كان قد بذل كل ما يبذله الشخص العادي في نفس الظروف من احتياط لتوقي الأضرار بمصالح غير المعتدي فإن فعله بالرغم من عدم مشروعيته لا يستوجب مسئولية لانتفاء الركن المعنوي للجريمة التي حققها هذا الفعل « (٨٤) » .

« وقد يجد المدافع نفسه مضطراً إلى المساس بحق الغير كي يستطيع إثبات فعل الدفاع مثال ذلك أن يستولى على طلاقات نارية مملوكة للغير كي يعمي بها سلاحه أو أن يتلف شجرة الغير كي يحصل على عصا يستعملها في الدفاع .. وحكم القانون في هذه الأفعال أن الدفاع الشرعي لا يبيحها إذ لم توجه إلى مصدر الخطر ولكن يستطيع المدافع أن يحتج بحالة الضرورة إذ قد إلتجأ تحت ضغطها إلى إثبات هذا الفعل ولذلك كان متعيناً أن تتوافر شروطها ومن أهمها كون الخطر مهدداً للنفس وجسماً » (٨٥) .

٧ - إثبات الدفاع الشرعي :-

« إن الفصل في توافر حالة الدفاع الشرعي أو عدم توافرها هو فصل في مسألة موضوعية تتعلق بوقائع الدعوى وظروفها فيخضع بحسب الأصل - للتقدير النهائي لقاضي الموضوع ، ومع ذلك يكون لمحكمة النقض أن تراجع قاضي الموضوع في تقديره إذا كانت النتيجة التي إنتهى إليها لا تتفق مع ما أثبتته المحكمة من المقدمات والوقائع التي استخلص منها توافر حالة الدفاع الشرعي أو انتفاؤها .. »

وعلى محكمة الموضوع أن تتعرض من تلقاء نفسها لبحث حالة الدفاع الشرعي وأن تفصل فيها إثباتاً أو نفياً إذا كانت وقائع الدعوى كما أثبتتها في حكمها ترشح لقيام هذه الحالة بحيث إذا تبينت أن المقدم كان

على كون سلوك المدافع مشروعاً أن كل من يساهم فيه لا يسأل هو الآخر لأنه يساهم في سلوك مباح فمن يعطي سلاحاً لمن يدافع به عن نفسه أو يساعد في تعطيل حركة المعتدي لا يعد مساهماً في جريمة وقضلاً عن ذلك فهو في موقف المدافع تماماً لأن الدفاع عن الغير كاللدفاع عن النفس بنص القانون « (٨٦) » . بل في وسع المدافع عن غيره أن يحتج بسبب إباحة خاصة به على فعله مباشرة « (٨٧) » .

٦ - الغلط في الدفاع الشرعي :-

ما هو الحكم إذا أصاب المدافع حق غير المعتدي سواء كان بعدد أو بغير عمد ؟

يحدث ذلك عندما يمارس المدافع حقه في الدفاع الشرعي « فيصيب حقاً لشخص آخر خلاف المعتدي إما بسبب غلط في الشخص أو غلط في توجيه الفعل ومثال الغلط في الشخص حالة من يتعرض للإعتداء أثناء مروره ليلاً في طريق مظلم فيطلق النار على شخص يسير خلفه ظناً منه على خلاف الواقع أنه من اعتدى عليه وأنه سيستمر في عدوانه بينما كان المعتدي شخصاً آخر . أما الغلط في توجيه الفعل فمثالة أن يطلق المعتدي عليه عياراً نارياً على المعتدي ولكن بسبب عدم إحكام التصويب يصيب العيار شخصاً آخر تصادف وجوده على مقربة من المعتدي .. »

ذهب رأي إلى أن فعل الدفاع يكون مباحاً في الحالتين على السواء طالما أن إصابة غير المعتدي لم تكن راجعة إلى خطأ من المدافع . غير أن هذا الرأي لا يتماشى مع الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي فأساس إباحة الدفاع الشرعي هو المفاضلة بين مصلحة المعتدي ومصلحة المعتدي عليه والتضحية بالأولى في سبيل كفالة الثانية ، ومن ثم لا يبيح الدفاع المساس بمصلحة لغير المعتدي .. ولهذا نرى أنه إذا أصاب فعل الدفاع - ولو عن غير قصد - حقاً لشخص آخر غير

بالرغم من توافر شروط الدفاع الشرعي فالتجاوز يعني إنتفاء شرط واحد وهو التناسب بإستعمال قدر من القوة . يزيد عما كان كافياً للدرء الخطر أما إذا إنتفى شرط سواء - كأن يكون الخطر غير جالٍ أو يمكن توقيه بالجور لرجال السلطات العامة - فلا يقوم حق الدفاع الشرعي وبالتالي لا يكون هناك محل للبحث في تجاوز حدوده لأن هذا البحث مناطه أن يشتم أولاً قيام الحق « (٨٧) . وعن تجاوز حدود الدفاع الشرعي تورد بعض القوانين كالقانون الإيطالي « المادة ٥٥٥ » والقانون الليبي « المادة ٢٣ » حكماً عاماً عن تجاوز الحق أو الواجب أو داعي الضرورة . غير أن القانون المصري اكتفى بإيراد المادة ٢٥١ بشأن تجاوز حق الدفاع الشرعي فنصت على أنه « لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع ومن ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون » (٨٨).

أنواعه :

« إذا إنتفى التناسب فقد إنتفى شرط للدفاع الشرعي فلا يكون للإباحة - طبقاً للقواعد العامة - محل وبذلك يعد فعل الدفاع غير مشروع » (٨٩) . ولتحديد مسئولية المتجاوز يتعين التمييز بين حالات ثلاث :-

١ - إذا كان الخروج على حدود الدفاع الشرعي عمدياً أي كان المدافع مدركاً بجسامة الخطر وفي وسعه رده بفعل متناسب معه ولكنه فضل اللجوء إلى قوة تزيد على ذلك .. فهو مسئول مسئولية عمدية كاملة « (٩٠) » وهذا من التفرع عليه طبقاً للقواعد العامة « (٩١) » .

في حالة دفاع شرعي عاملته على هذا الأساس ولو كان هو أو المدافع عنه قد رأى أن من مصلحته إنكار ارتكاب الواقعة بتاتاً فأصر على إنكارها ولم يتمسك بحقه في الدفاع الشرعي .

وإذا دفع المتهم بأنه ارتكب الفعل المسند إليه في حالة دفاع شرعي وجب على المحكمة أن تحصى دفعه وتمكنه من تقديم الأدلة المؤيدة له . . وإذا تبين لها أن الدفع في غير محله فقصت برفضه كان عليها أن تبين في حكمها الأسباب التي استندت إليها في ذلك وإلا كان حكمها معيباً بما يستوجب نقضه . . بشرط أن يكون الدفع جدياً مقترناً بتسليم المتهم أو من المدافع عنه بأنه ارتكب الجريمة المسندة إليه وأنه لم يرتكبها إلا بناء على ما خوله القانون من الحق في الدفاع عن نفسه أو ماله . . فإذا أنكر المتهم ما أسند إليه ودار دفاع محاميه على الإنكار فإن ما يجيء على لسان المحامي عرضاً وعلى سبيل الفرض والإحتياط من أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي لا يعتبر دفعاً جديداً تلجزم المحكمة بالرد عليه ولا يقبل من المتهم الطعن في الحكم الصادر عليه بقوله أنه أغفل الرد على هذا الدفع . .

والدفع بارتكاب الفعل في حالة الدفاع الشرعي هو من الدفوع الموضوعية فلا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض مالم تكن الوقائع التي أثبتتها المحكمة المطعون فيه دالة بذاتها على توافر حالة الدفاع الشرعي وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الدفع مقبولاً أمام محكمة النقض لأن تقصير المتهم في دفاعه أمام محكمة الموضوع لا يغير شيئاً من طبيعة فعله ولا يؤثر في تكيفه القانوني « (٩٢) » .

٨ - تجاوز حدود الدفاع الشرعي وما يرتبط به من أحكام :

تعريفه : « يقتصد بتجاوز حدود الدفاع إنتفاء التناسب بين الدفاع والخطر الذي يهدد المدافع وذلك

ويعتبر البعض أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي بحسن نية ينطوي على صورة من صور الغلط في الإباحة وأنه متى كان هذا الغلط حتمياً بمعنى أنه لم يكن في إمكان الفاعل أن يتجنبه بقيامه بما يجب عليه من التثبت والتحري فحينئذ ينبغي إعتبار حسن النية في تجاوز حدود الدفاع الشرعي مانعاً من المسؤولية « (٩٦) » .

طبيعية

« ويشتر خلاف بين الفقه حول الطبيعة القانونية للمعذر الذي نصت عليه المادة « ٢٥١ع » فذهب رأي إلى أن هذه المادة تقرر ظرفاً خاصاً من الظروف القضائية المخففة التي نصت عليها المادة « ١٧ع » ولذا فإن حكم هذه المادة جوازي دوماً للقاضي كما هو الشأن بالنسبة لسانن الظروف القضائية وإن كان هذا الظرف يتميز بحكم إستثنائي في التخفيف .. ورأي البعض أنه عذر قانوني إذ ورد به النص صراحة فيكون القاضي مقبداً بإعمال حكمه ، كما أنه يؤثر في نوع الجريمة فيغيرها من جنابة إلى جنحة لما يترتب عليه من تطبيق عقوبة الجنحة بصفة وجوبية متى توافرت شروطها « (٩٧) » .

« ويجمع سبب التخفيف الذي تنص عليه المادة « ٢٥١ع » بين خصائص النوعين .. فالتخفيف وفقاً له جوازي ولكن الشارع قد حرص على النص عليه وتحديد سببه « (٩٨) » . والراجع « إعتباره ظرفاً قضائياً إستناداً إلى تمتع القاضي في شأنه بسلطة تقديرية تحول له تخفيف العقاب أو عدم تخفيفه « (٩٩) » .

٢ - أما إذا كان خروجه على هذه الحدود ثمرة الخطأ غير العمدي كأن حدد جسامة الخطر أو جسامة فعل الدفاع على نحو غير صحيح في حين كان في وسعه التحديد الصحيح .. فهو مسئول مسئولية غير عمدية « (٩٧) » .

٣ - إذا تجرد فعل المدافع من العمد والخطأ معاً كما لو كان التجاوز وليد الإضطراب ودة الموقف اللذين بلغا حداً أزال كل سيطرة لإرادته على فعله .. وهنا لا محل لمسئولية المدافع لإنتفاء الركن المعنوي للجريمة « (٩٢) » .

الموقف القانوني

« والقانون يفرق بين نوعين من التجاوز .. التجاوز بنية سليمة والتجاوز دون هذه النية وضابط التفرقة هو النية وقد عرف القانون المدافع ذا النية السليمة بأنه « من لا يقصد إحداث ضرراً أشد مما يستلزمه الدفاع » وفي تعبير آخر يعني حسن النية إعتقاد المدافع أن القانون يخوله إرتكاب ما ارتكبه هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر ... ويرى آخرون أن ضابط التفرقة بين نوعي التجاوز هو توافر الخطأ غير العمدي أو توافر العمد « (٩٤) » .

« وإذا كان التجاوز بغير نية سليمة أي كان مقترناً بالعمد ، فالقانون يترك حكمه للقواعد العامة وهذه تقرر أن يسأل المدافع عن جرمته عمداً ويوقع عليه العقاب المقرر لها والقاضي أن يخفف عنه العقاب إذا التمس له ظرفاً مخففاً .. »

وإذا كان التجاوز بنية سليمة فالقانون يقرر تخفيف عقاب المدافع فيجوز للقاضي أن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون والتخفيف الذي قرره القانون جوازي .. « (٩٥) » .

إثباته :

« وإثبات تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي من اختصاص قاضي الموضوع إذ يتطلب بحثاً في وقائع الدعوى ومقارنة بين جسامة الخطر وجسامة فعل الدفاع .. والقول بتوافر النية السليمة أو إنتفاها هو كذلك من شأن قاضي الموضوع وتحديد ما إذا كان المتجاوز ذو النية السليمة جديراً بالتخفيف الذي تقرره المادة « ٢٥١ع » أم يكفي في شأنه التخفيف الذي تقرره المادة « ١٧ع » أم أنه جدير بالعقوبة العادية لجرمته يختص به قاضي الموضوع وفقاً لما يستخلصه من وقائع الدعوى وخاصة ما تعلق بمقدار التجاوز ولا يتقبل الجدل أمام محكمة النقض فيما يدخل على النحو السابق في سلطة قاضي الموضوع .

ولكن لمحكمة النقض أن تراقب إستنتاج قاضي الموضوع فإذا كان ما إستخلصه لا يتفق عقلاً وما أثبتته من وقائع فلمحكمة النقض أن تصحح حكمها . كما لو أثبت إنتقاء شرط من شروط الدفاع الشرعي غير التناسب وقال بإعتبار المتهم متجاوزاً حدود حقه إذ الفرض أن الحق لم ينشأ على الإطلاق .. أو أثبت توافر شروط الدفاع الشرعي فيما عدا التناسب ثم أنكر على المتهم الحق في الدفاع الشرعي فالقاضي في هذه الحالات قد أخطأ في فهم القانون وتطبيقه وبعد قاضي الموضوع مخطئاً كذلك إن أثبت تجاوز حدود الدفاع الشرعي بنية سليمة وقضى على المتهم بالحد الأقصى لعقوبة جرمته .. أما إذا حكم القاضي بعقوبة دون الحد الأقصى فهو في حدود سلطته التقديرية ولا تشرب عليه « (١٠٠) » .

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي .. أركانه وشروطه

أركانه

« كما سبق أن عرفنا الدفاع الشرعي على أنه إستعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيقاع حقاً يحميه القانون ..

ومن ثم نجد أن الدفاع الشرعي يفترض فعلاً من المعتدي ينطوي على خطر الإعتداء بفعل يعد جريمة .. يقابله فعل بآتيه المدافع لدرء هذا الخطر ويتطلب القانون شروطاً معينة في فعل الإعتداء وأخرى في فعل الدفاع .

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما فعل الإعتداء وشروطه وفي ثانيهما فعل الدفاع وشروطه ..

المطلب الأول

شروط الإعتداء « الخطر »

١ - ماهية الخطر

« الخطر إعتداء محتمل أي أنه إعتداء لم يتحقق ولكن تحققه منتظر وفق السير العادي للأمر ويستهدف الدفاع التعديل من هذا السير حتى لا يتحول الخطر إلى إعتداء ويستوي ألا يتحقق الإعتداء على الإطلاق أو أن يتحقق في جزء منه فالخطر قائم في الحالتين والدفاع متصور أما إذا تحقق الإعتداء كله فلا محل للدفاع .. فإذا لم يكن ثمة خطر على الإطلاق لأنه لم يرتكب فعلاً أو ارتكب فعلاً لا يهدد بخطر فلا محل للدفاع « (١٠١)

« والشروط التي يتطلبها القانون إغنا يتطلبها في الخطر الذي يهدد المعتدي عليه في الفعل الذي يصدر عنه هذا الخطر ذلك أن فعل الدفاع يتجه إلى الخطر

ليصدده والهدف الإجتماعي للدفاع هو منع هذا الخطر من أن يتحول إلى إعتداء فعلي ومن ثم فالشروط التي تتطلبها القانون تصرف إلى الخطر وتصديق عليه أكثر مما تنصرف إلى الفعل الذي نشأ عنه الخطر وهذا الرأي أيدته أحكام محكمة النقض أكثر من مرة» (١٠٢).

« والخطر مفهوماً بالمعنى المتقدم لا يتصور بغير فعل ينذر بوقوع الإعتداء فإذا لم يكن هناك فعل من هذا القبيل لا تقوم حالة الدفاع الشرعي .. غير أنه يستوى في الفعل المنذر بالخطر أن يكون إيجابياً أو سلبياً فالألم التي تقتنع عن إرضاع طفلها بنية قتله ينطوي فعلها على خطر بوقوع جريمة قتل عمدي فيباح دفع هذا الخطر باستعمال القوة اللازمة لإرغامها على القيام بواجبها في الأضلاع » (١٠٣).

« ومع ذلك فقد إشتربت محكمة النقض في بعض أحكامها لقيام حالة الدفاع الشرعي وقوع فعل إيجابي يخشى منه ارتكاب جريمة » (١٠٤).

« ويتوسع القانون في تحديد الخطر الذي يقوم به الدفاع الشرعي فيستوي خطر يهدد المدافع نفسه وخطر يهدد غيره ويعنى ذلك أن الشارع يبيح لكل شخص أن يدافع عن حقوقه كما يبيح له أن يدافع عن حقوق غيره ولا يتطلب القانون صلة تربط من يصدر عنه فعل الدفاع وصاحب الحق المصتدي عليه والدفاع جائز عن النفس وعن المال والدفاع جائز سواء كان الخطر جسيماً أم كان غير جسيم » (١٠٥).

٢ - شروط الخطر في القانون المصري :-

يتطلب القانون توافر شروط معينة في الإعتداء الذي يبرر نشأة حق الدفاع الشرعي وبياناً لهذه الشروط نصت المادة « ٢٤٦ » على أن « حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص إلا في الأحوال الإستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس متصوفاً عليها في هذا القانون وحق

الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي المادة ٣٨٧ فقرة أولى والمادة ٣٨٩ فقرة أولى وثالثة » كما تنص المادة « ٢٤٧ » على ما يلي وليس لهذا الحق من وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الإحتماء برجال السلطة العمومية .

ومن النصين المتقدمين يمكننا أن نستخلص شروط الإعتداء وهي :-

١ - قيام خطر إعتداء بفعل يعد جريمة .

٢ - أن يهدد الخطر بإرتكاب جريمة على النفس أو المال الواردة على سبيل الحصر .

٣ - أن يكون الخطر حالاً .

٤ - أن يستحيل دفع الخطر بالالتجاء إلى السلطات العامة وسوف نتناول كل شرط على حده بشيء من التفصيل .

الشروط الأولى :-

قيام خطر إعتداء بفعل يعد جريمة .

« يشترط في الخطر الذي يبيح الدفاع الشرعي أن يكون منذراً بإرتكاب فعل يعد جريمة .. فلا يكفي الخطر الذي يهدد بوقوع فعل لا يرتب عليه القانون سوى المسؤولية المدنية ولكن يستوى أن تكون الجريمة التي يهدد الخطر بإرتكابها عمدية أو غير عمدية .. فيجوز إستعمال العنف ضد من يقود سيارة بحالة خطرة يتوقع معها إصابة أحد المارة أو قتله وذلك لإرغامه على إيقاف السيارة وإنهاء تلك الحالة الخطرة » (١٠٦) .

« والصفة غير المشروعة لا تسبغ على الفعل في ذاته فقد يكون مجرد عمل تعسيري لا عقاب عليه في

الخطر أن يستعمل العنف لدفعه محتجاً بالدفاع الشرعى ذلك أن كون الخطر مشروعاً يعنى أن القانون يلزم من يتعرض له بأن يتحمله فلا يكون محل لأن يسمح له بالتخلص منه ، فإن صدر عنه عنف فى سبيل ذلك فعلة غير مشروع « (١١٠) » .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز للابن مقاومة والده إذا ضربه استعمالاً لحقه فى تأديبه .. ولكن « فى جميع الأفعال التى يلحقها سبب من أسباب الإباحة فإن صفة المشروعية تنتفى إذا لم يلتزم مرتكب الفعل شروط وقيود الإباحة فإن تخلف شرط من شروط الإباحة أو تجاوز الفعل حدود الإباحة فإن مرتكبه يعد معتدياً مما يبرر الدفاع الشرعى ضد عدوانه فالزوج الذى يتجاوز فى تأديب زوجته حدود التأديب المقرر شرعاً يكون معتدياً ويكون لزوجته استعمال حق الدفاع الشرعى لصعد عدوانه « (١١١) » .

« وهو ما حكمت به محكمة النقض يوم ١٩٣٠/١١/٢٧ ويوم ١٩٧٥/١١/٢ ويوم ١٩٨١/١١/١١ » (١١٢) .

٣ - جواز الدفاع الشرعى فى مواجهة غير المسئولين جنائياً :-

« إذا توافر للمعتدى مانع من موانع المسئولية كالجنون أو صغر السن دون التمييز أو السكر غير الإختبارى فإن ذلك لا يحول دون الدفاع الشرعى ضد إعتدائه .. فامتناع المسئولية لا يرفع عن الفعل صفته الإجرامية إنما ينحصر أثره فى إعفاء الفاعل عن عقوبة الجريمة التى ارتكبها .. وعلى ذلك إذا شرع سكران أو مجنون فى الإعتداء بالضرب على آخر أو فى إشعال النار فى مسكنه أو متجره ولم يتمكن المجنى عليه أو غيره من الحيلولة بينه وبين ما شرع فيه إلا بضربه فإن فعلة يكون مباحاً ولو كان على علم بحالته « (١١٣) » ..

« فحتى أعتبر الخطر غير مشروع فلا عبرة بكون من

ذاته أو مجرد الشروع فى جريمة لا يعاقب القانون على الشروع فيها ولكنه مع ذلك ينشئ خطراً يهدد حقاً يحميه القانون فيبعد الخطر غير مشروع وإن كان الفعل فى ذاته مشروعاً .. » (١١٧) .

وتترتب على تعليق أحكام الدفاع الشرعى على حدوث إعتداء بفعل يكون جريمة عدة نتائج أهمها مايلي :-

١ - إمتناع الدفاع ضد الأفعال غير المشروعة التى لا تعد جريمة .

« فالقاعدة التى سنّها المقتن فى مجال الدفاع الشرعى هى أنه لا يجوز اللجوء إلى سلاح الجريمة كوسيلة عن الحق إلا إذا كان الإعتداء بفعل يكون جريمة وعلى ذلك فإن حق الدفاع الشرعى لا ينشأ إذا كان الإعتداء مجرد مخالفة لعقد من العقود أو مخالفة لتعليمات أو إهمال أو أية صورة من صور الخطأ التى ترتب المسئولية المدنية دون أن تكون جريمة وفى مثل هذه الأحوال يتعين اللجوء إلى القضاء أو السلطات العامة لمنع أو إيقاف هذا الاعتداء والتعويض عما يسببه من أضرار « (١١٨) » .

كل ما وقع من المجنى عليه أنه حاول حل بقرة المتهم من الساقية ليشتمك من إدارتها لرى أطيانه فإن إعتداء المتهم عليه لردّه عن ذلك لا يعتبر دفاعاً شرعياً عن حقه فى إدارة الساقية إقاماً لرى أرضه لأن هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه باستعمال القوة .. وقضت أيضاً يوم ١٤ مايو ١٩٥٦ أنه إذا حاول أحد الأشخاص تفسير مجرى ما لنتع المتهم من رى أرضه فضربه الأخير فإنه لا يعد فى حالة دفاع شرعى لأن النزاع على الرى ليس مما تصح المدافعة عنه قانوناً باستعمال القوة .. » (١١٩) .

إذا توافر سبب الإباحة انتفى الدفاع الشرعى :-

« إذا كان فعل المعتدى خاضعاً لسبب إباحة فكان الخطر الناشئ عنه مشروعاً فلا يجوز لمن يهدده هذا

الناشئ عنه غير مشروع كذلك ومن ثم كان الدفاع الشرعى ضده جائزاً .. « (١١٧) .

أما حينما يتعرض شخص لخطر حيوان دون أن يكون ذلك نتيجة تخريب أحد حيث لا يجوز وصف هجوم الحيوان والخطر الناتج عنه بهدم المشروعية .. ومن ثم لا يكون محل للدفاع الشرعى فى مواجهته ولكن يجوز للمهدد بالخطر أن يحتج بحالة الضرورة إذا توافرت شروطها (١١٨) . وقد قضت محكمة النقض يوم ١٩٣٢/١٠/٣١ بما نصه « يشترط فى الضرورة الملجئة للقتل أن يكون الحيوان المقتول قد كان خطراً على نفس إنسان أو ماله وأن تكون قيمة ذلك الحيوان ليست شيئاً مذكوراً بجانب الضرر الذى حصل اتقاؤه بقتله وأن يكون الخطر الذى استوجب القتل قد كان خطراً حائقاً وقت القتل وما كان يمكن اتقاؤه بوسيلة أخرى » .

دفع الخطر الوهمى :

قد يعتقد شخص على خلاف الحقيقة قيام خطر يهدده بوقوع جريمة فيرتكب لدفعه فعلاً يبيحه القانون دفاعاً شرعياً عن النفس أو المال لو صح قيام هذا الخطر ومثال ذلك أن يمر شخص ليلاً بطريق مظلم فيفاجأ بآخر مقبل نحوه فيظنه قاطع طريق قادماً للاعتداء عليه فيطلق عليه عباراتاً تارياً ثم يتبين له أنه كان مجرد عابر سبيل لا يضر له أي سوء ..

« يذهب بعض الفقهاء إلى أنه سيان أن يكون الخطر فعلياً أو وهمياً فالدفاع الشرعى جائز فى الحالتين متى كان ترهس وجود الخطر مبنياً على أسباب معقولة » (١١٩) .

« ويبدو أن القانون يعتد بالخطر الوهمى .. حيث لا يشترط كون الفعل من شأنه إحداث الموت أو الجراح البالغة وإنما يكفى مجرد التخوف من أن يكون له هذا الشأن » (المادتان ٤٩ ، ٢٥٠) « وقد سلم القضاء بذلك فقر فى أحكام عديدة أنه يصح القول بقيام حالة الدفاع الشرعى ولو كان الاعتداء وهمياً متى كانت

ارتكب الفعل المنشئ له قد توافر لديه مانع من المسؤولية الجنائية » (١١٤) .

« وهناك رأي بأن من يتعرض لإعتداء شخص غير مسئول جنائياً لا يكون له أن يحتج بالدفاع الشرعى وإنما يسهه أن يحتج بحالة الضرورة وحجة هذا رأى أن فعل غير المسئول لا يوصف بأنه غير مشروع بالإضافة إلى أن القانون يصف الاعتداء بأنه جريمة ولا محل لهذا الوصف إذا انتفى ركنها المعنوى لأن من ارتكب الفعل غير مسئول .. « وهذا رأى يمكن قبوله لو كان الدفاع الشرعى نوعاً من العقاب ينزله المدافع بالمعتدى .. ولكن الدفاع ليس عقاباً ومن ثم لا يكون محل لاشتراط الأهلية .. فهو مجرد وقاية لحق يحميه القانون فيكفى أن يكون صاحب الحق غير ملازم طبقاً للقانون يتحمل الاعتداء » (١١٥) .

٤ - الاعتذار القانونى لا تعطل الدفاع الشرعى :

« تخفف الأعذار القانونية كعذات السن فيما بين الخامسة عشر والثامنة عشر » مادة ١٥ أحداث « ومفاجأة الزوج زوجته فى حالة تلبسها بالزنا » (٢٣٧) « المسؤولية الجنائية دون أن تنفيها أو تنفى عن الفعل صفته الإجرامية وثبوت هذا الوصف للفعل يبيح الدفاع الشرعى ضد فاعله بالرغم من عذره .. فإذا ما فاجأ الزوج زوجته متلبسة بالزنا فهم يقتلها هي ومن يزنى بها كان الاثنان معا - الزوجة وشريكها - فى حالة دفاع شرعى تبيح استعمال القوة بالقدر اللازم لدفع إعتداء الزوج لأنه جريمة وليس فعلاً مباحاً » (١١٦) .

٥ - دفع خطر الحيوان :

« إذا استخدم الحيوان كأداة للاعتداء كما لو أطلق شخص على عدوه كلباً فلا محل للتردد فى الاعتراف لمن يهدده هذا الخطر بأنه فى حالة دفاع شرعى ذلك أن فعل الإعتداء لا ينسب إلى الحيوان وإنما ينسب إلى محرضه وشأن الحيوان شأن أية أداة تستعمل فى الاعتداء ويعنى ذلك أن الفعل غير مشروع والخطر

« وبذلك تكتسب التفرقة بين جرائم النفس وجرائم المال أهمية واضحة على اعتبار أن جرائم النوع الأول جميعاً تبيح الدفاع الشرعى فى حين لا يبيحه إلا بعض جرائم النوع الثانى » (١٢٢) .

(أولاً : جرائم النفس التى يهدد خطرها مبرراً للدفاع الشرعى :-)

يقصد بجرائم الإعتداء على النفس تلك الجرائم التى تنال حقاً من الحقوق التى يتمتع بها الناس كافة باعتبارها من مقومات الشخصية الإنسانية فتخرج من دائرة التعامل ومثالها حق الإنسان فى الحياة وحقه فى سلامة جسده وحقه فى صيانة عرضه وحقه فى حريته وحقه فى المحافظة على سمعته واعتباره .

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات على أن حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص استعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها فى هذا القانون .

« ومن المسلم به أن أحكام الدفاع الشرعى من الأحكام العامة ولو أنها لم ترد فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ولذلك فهى تسرى على سائر جرائم النفس سواء ورد النص عليها فى قانون العقوبات أم فى قانون جنائى تكميلى . . وهذه الجرائم متنوعة ويمكن تصنيفها إلى الطوائف الآتية :-

١ - جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وحقه فى سلامة جسمه كالقتل والجرح والضرب « المواد من ٢٣٠ إلى ٢٤٤ ع » .

٢ - جرائم الإعتداء على العرض كإغتصاب الأثاث « ٢٦٧ ع » وهتك العرض « ٢٦٨ م ، ٢٦٩ ع »

٣ - جرائم الإعتداء على حق الإنسان فى الحرية سواء حريته فى التنقل كالقبض والحبس بغير وجه حق « المواد من ٢٨٠ إلى ٢٨٢ ع » أو حريته فى

الملابس والنظروف تلقى فى روع المذنب أن هناك إعتداءً جدياً وحقيقياً موجهاً إليه وكل ما يشترط للاعتداد بالخطر الوهمى أن يكون الاعتقاد بقيامه مستنداً إلى أسباب معقولة » .

« ولكن هذا الرأى محل نقد لأن أسباب الإباحة أسباب ذات طبيعة موضوعية ويقتضى ذلك أن تتوافر حقيقة حتى تنتج أثرها يبنى عن توافرها مجرد توهم ذلك .. ومقتضى ذلك أن الخطر ينفى أن يوجد فعلاً فإن كان وهمياً فمعنى ذلك أنه لا وجود له إلا فى مخيلة المذنب فان ثبت على هذا النحو انتفاؤه فلا محل للقول بقيام الدفاع الشرعى ولكن هذا الاعتقاد يعنى وجود غلط منسوب على الوقائع التى يقوم الدفاع الشرعى عليها وهذا الغلط ينفى القصد الجنائى وإذا بنى الاعتقاد على أسباب معقولة فهو يبنى الخطأ غير العمدى لذلك فلا يكون محلاً للمستثنوية الجنائية وإن كان الفعل فى ذاته غير مشروع والخطر الوهمى صورة « للغلط فى الإباحة » (١٢٠) .

الشرط الثانى

أن يهدد الخطر بإرتكاب جريمة على النفس أو المال الواردة على سبيل المحصر .

« تبيح أغلب التشريعات الدفاع ضد خطر أية جريمة ومن ذلك المادة ٥٢ من القانون الإطالى والمادة ٧٠ من القانون الليبى والمادة ١٨٣ من القانون السورى والمادة ٣٣ من القانون الكويتى والمادة ٧٤ من القانون الحبشى والمادة ١٨٤ من القانون اللبنانى والمادة ٣٣ من القانون السويسرى » (١٢١) .

أما القانون المصرى فقد أباح الدفاع ضد أية جريمة تقع على النفس غير أنه قصر الدفاع عن المال على جرائم معينة وردت على سبيل المحصر . . كما ورد فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات .

١- جرائم الحريق العمد « المواد ٢٥٢ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ع » وهذه الجرائم جنائيات فيما هذا الجريمة التي تنص عليها المادة ٢٥٩ فهي جنحة .. ونضيف إليها الجريمة التي تنص عليها المادة ١٠٢ د من قانون العقوبات التي تجرم إستعمال المفرقات إستعمالاً من شأنه تعريض أموال الغير للخطر .

٢ - جرائم السرقة والإغتصاب « المواد ٣١ من قانون العقوبات وما بعدها ، وبعض هذه الجرائم جنائيات وبعضها جنح .

٣ - جرائم التخريب والتعيبب والإتلاف « المواد ٣٥٤ من قانون العقوبات وما بعدها وهذه الجرائم جنح عدا ما تنص عليه المواد ٣٥٩ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ من قانون العقوبات فهي جنائيات .

٤ - جرائم إنتهاك حرمة ملك الغير « المواد ٣٦٩ من قانون العقوبات وما بعدها « وهذه الجرائم جنح .

٥ - جريمة دخول أرض مهيأة للزراع أو مبدور فيها زرع أو محصول أو مرور المتهم فيها بنفسه بمفرده أو ببهائمه أو دواب المعدة للجر أو للحمل أو الركوب أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر منها وكان ذلك بفسير حق «المادة ٣٧٩ ع الفقرة الرابعة» وهذه الجريمة مخالفة .

٦ - جريمة التسبب عمداً في إتلاف شيء من متعلقات الغير « المادة ٣٨٩ ع الفقرة الأولى » وهذه الجريمة مخالفة .

٧ - جريمة رعى مواشى أو تركها رعى بفسير حق في أرض بها محصول أو في يستان المادة « ٣٧٩ ع الفقرة الرابعة » وهذه الجريمة مخالفة .

« وقد حدد الشارع هذه الجرائم على سبيل الحصر ويترتب على ذلك إنكار الدفاع الشرعى حيث يكون الخطر الذى يهدد المال ناشئاً عن جريمة سواها » (١٢٦)

العمل « م ٣٧٥ ع » أو حرته في العقيدة والدين « ١٦٠ م » إلى غير ذلك مما يحسمه قانون العقوبات .

٤ - جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار كالسب والقذف والتشديد المواد ١٨٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٧ ، ٣٢٧ عقوبات « (١٢٣) .

« ولكن هناك رأى يرى عدم جواز استعمال الدفاع الشرعى ضد أفعال السب والقذف لأن هذه الأفعال لا تبرر الدفاع الشرعى فالقوة المادية لا تستخدم في إرتكابها والدفاع ضدها يكون بمثابة إنتقام لأنه يحدث بعد تمام وقوعها . ومقابلتها يمثلها ليس دفاعاً شرعياً بل سلوك إجرامى قائم بذاته . » (١٢٤) .

ولكن جمهرة الفقه فى مصر تذهب إلى أنه ليس ثمة ما يمنع إستخدام القوة اللازمة والمناسبة لدفع جرائم السب والقذف فالمرجع المصرى سوى بين جميع جرائم النفس فلا يكون محل للتردد فى القول بأن جرائم الإعتداء على الشرف والإعتبار تبيح الدفاع الشرعى إذا توافرت شروطه والتزمت حدوده « (١٢٥) .

ثانياً : جرائم الأموال :

حدد المشرع جرائم الإعتداء على الأموال التى تبيح الدفاع الشرعى فحصرها فى الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامن والثالث عشر والرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها فى المادة ٣٨٧ فقرة أولى والمادة ٣٨٩ فقرة أولى وثالثة من قانون العقوبات وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ الفقرة الرابعة من المادة ٢٧٧ ... وتقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٨٩ الفقرة الرابعة من المادة ٣٧٩ فى القانون ١٦٦ لسنة ١٩٨١ وفيما يلى توضيح مانجرمه هذه النصوص :-

الشرعية الثالثة

- إن يكون الخطر حالاً :-

« لا محل للدفاع إلا إذا كان الخطر حالاً فالدفاع يستهدف وقاية حق يحميه القانون من خطر لا يسع السلطات العامة أن تدركه عنه والوقاية تفترض أن الخطر لم يتحول بعد إلى اعتداء كامل لأنه إذا تحقق الإعتداء فليس للوقاية محل وكون السلطات العامة لا تستطيع درء الخطر يفترض أن الإعتداء وشيك إذ في هذا الفرض وحده لا يكون الوقت متسعاً للتدخل على نحو فعال » (١٧٧) .. « وهذا الشرط لم يرد به نص في القانون المصري ولكنه مستفاد من أساس تقرير حق الدفاع الشرعي المتمثل في وقاية حق يحميه القانون من خطر لا يسع السلطات العامة أن تتدخل في الوقت المناسب لدركه ومن نص المادة ٢٤٧ عقوبات التي تنفي هذا الحق متى كان من الممكن الوجود في الوقت المناسب إلى الاحتياط برجال السلطة العامة » (١٧٨) .

وعلى ذلك « يكفي أن يكون المدافع مهددًا بخطر يبدو تحققه حالاً وإذا بدأ المعتدى فعلاً فللمدافع من باب أولى أن يدفع الإعتداء ويستمر حقه في دفعه ما بقي الاعتداء مستمراً وينتهي الحق في الدفاع بزوال الاعتداء » (١٧٩) « وتطبيقاً لذلك إذا اعتدى شخص على آخر بالضرب ثم كف عن ضربه لم يكن للمجنى عليه بعد ذلك أن يضربه وأن يحتج بالدفاع الشرعي . وإذا شرع شخص في سرقة ثم شعر بوجود المجنى عليه ففر هارباً تاركاً المسروقات بمكان السرقة فلا يكون المجنى عليه في حالة دفاع شرعي إذا أطلق عليه النار بعد ذلك .. » (١٨٠) .

كيف يكون الخطر حالاً :

ويكون الخطر حالاً بإحدى صورتين :

١ - الخطر الوشيك :

« حيث يكون الإعتداء لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يبدأ .. بصور أفعال من المعتدى تجعل من

المعتدى - وفق السير الطبيعي للأمر - أن يبتديء الإعتداء على الفور ويتضح بذلك أن الشارع لا يلزم المهدد بالخطر أن ينتظر ابتداء الاعتداء عليه حتى يباح له الدفاع بل يجيز له الدفاع بمجرد أن يتهدده الخطر الوشيك .. ويعني ذلك أن الحلول صفة في الخطر لا في الإعتداء .. وإذا لم يكن الخطر وشيكاً فهو مستقل ولا ينشأ به الحق في الدفاع الشرعي .. ذلك أن الخطر المستقبلي غير محقق فقد لا يتحقق على الإطلاق ثم أن في الوسع الإلتجاء إلى حماية السلطات العامة ومعيار وشك الخطر معيار موضوعي في أصله إذ قيوامة الشخص المعتاد ولكنه يطبق بالنظر إلى ظروف واقعية معينة فهو موضوعي حتى نتجنب التقدير المنحرف للمهدد بالخطر وهو واقعي لأنه لا يجوز إغفال الظروف التي أثرت على تفكير المهدد بالخطر » (١٨١) .

٢ - الإعتداء الذي لم ينته بعد :-

تفترض هذه الصورة للخطر الحال أن الإعتداء قد بدر فعلاً ولكنه لم ينته بعد ، فمزال بعض الخطر - خطر القدر من الإعتداء الذي لم ينزل بعد بالحق قائماً وهو خطر حال .. فالمعتدى قد وجه ضرب المجنى عليه مرة وتآهب ليووجه إليه ضربات تالية أو استولى على بعض ما يملكه واستعد للإستيلاء على أشياء أخرى .. فالدفاع بغير شك جائز لتفادي الخطر الذي يوشك أن يتحقق ، فإذا إنتهى الإعتداء وتحقق كل الخطر الذي سدد الحق إنتفت عنه صنعة الحلول فلا يكون للدفاع الشرعي محل إذ لن يدرأ خطراً .. والضابط في إنتهاء الإعتداء هو إتمام الجاني الأفعال التي يريد إرتكابها وتحقق النتيجة الإجرامية بحيث لا يكون في وسع المعتدى عليه أن يحول دون تحققها أو إزدياد جسامتها والتحقق من إنتهاء الإعتداء يقتضى الرجوع إلى الأحكام الخاصة بالجريمة لتحديد نتيجتها والتأكد من إتخاذها صورة نهائية مستقرة .. ولإنتهاء الإعتداء

إلى الإحتساء برجال السلطة العمومية » ومعنى ذلك أنه إذا كان فى الإمكان درء الخطر بالإلتجاء إلى السلطة العامة لم يجز استعمال القوة لدفعه والاحتجاج فى ذلك بحق الدفاع الشرعى ويعد هذا الشرط تبريره فى أنه متى كان فى الإمكان دفع الخطر بالإلتجاء إلى السلطة العامة فقد أتيت وسيلة مشروعة للموقاية منه ، ولم تعد القوة لازمة لدفعه فيتخلف بذلك شرط من الشروط التى يتطلبها القانون فى فعل الدفاع هو لزومه لدرء خطر الدفاع .. على أن تحريم حق الدفاع الشرعى عند إمكان الإستعانة بالسلطات العامة فى دفع خطر الإعتداء محله أنه يكون هناك من ظروف الزمن وغيره كحالة المجنى عليه ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الإعتداء بالفعل فإذا لم تكن الظروف تسمح بذلك جاز لمن يهدده الخطر أو غيره أن يدرأ بالدفاع الشرعى » (١٣٤)

« وهذا الشرط مستقل عن شرط حلول الخطر إذ من المتصور أن يكون الخطر حالاً ومع ذلك لا تكون القوة هى الوسيلة الوحيدة لدفعه فقد تثبت وقائع الحال وظروف الواقعة أن المعتدى عليه المهدد بالخطر كان باستطاعته تدارك الضرر بالإحتساء برجال السلطة العامة الذين كانوا على مقربة منه » (١٣٥) . وفى المقابل فإن حق الدفاع الشرعى ينشأ إذا لم يكن لدى المهدد بالخطر من الوقت ما يكفى للإلتجاء إلى السلطة العامة لدرء ذلك الخطر والقول بغير ذلك يعنى ترك المعتدى يتمادى فى عدوانه والإستعانة برجال الحكومة عليه بعد أن يكون قد أتم مقصده .. ويعتبر الدفاع الشرعى مبرراً إذا كان المهدد بالخطر قد لجأ إلى السلطات العامة فتقاعست عن حمايته ولم تتدخل فى الوقت المناسب حين بدأ المعتدى عدوانه » (١٣٦) .

صورة ثانية حيث يقف نشاط الجانى سواء بإرادته أو جبراً عنه فلا يكون إنتهاء الإعتداء وهناً بتحقيق الركن المادى للجريمة كاملاً كما لو أطلق المعتدى عياراً نارياً لم يصب المجنى عليه ثم كف عن الإستمرار فى نشاطه فلم يطلق عياراً ثانياً .. وهنا يتعين الإعتداد بتفكير المعتدى عليه وتصوره فإذا وقف النشاط الإجرامى ولكن المعتدى عليه اعتقد بناء على أسباب معقولة أنه لم يقف فأتى أفعال العنف لدرء الخطر الذى توقعه فلا مسئولية عليه » (١٣٧) .

الدفاع بالوسائل الآلية -

يشير شرط حلول الخطر البحث فى مدى جواز الدفاع بالوسائل الآلية ويقصد بها تلك الوسائل التى تعمل تلقائياً فى مواجهة المعتدى بمجرد أن يبدأ فى الإعتداء ومثال ذلك توصيل تيار كهوى إلى الخزانة التى يحفظ فيها صاحبها مجوهراته بحيث يصعق من يحاول فتح الخزانة لسرقة محتوياتها ووضع فخ فى حديقة منزل ليطبق على من يدخل فيها بطريق غير مشروع وقد يبدو لأول وهلة أن الدفاع لا يجوز بمثل هذه الوسائل باعتبار أن الخطر الذى أعدت لدرئه مجرد خطر محتمل وغير حال غير أننا إذا لاحظنا أن هذه الوسائل لا تعمل إلا إذا بدأ الإعتداء على الحق لأدركنا فى الحال أن الدفاع بإستخدامها إما يكون بعد حلول الخطر فيصير جائزاً . على أنه يشترط لجواز الإلتجاء إلى هذه الوسائل أن يكون الأذى الذى تسببه للمعتدى متناسباً مع فعل الإعتداء وإلا كان من إستخدامها متجاوزاً حدود الدفاع الشرعى ... » (١٣٨) .

الشروط الرابع :-

استحالة دفع الخطر بالإلتجاء إلى السلطات العامة -

« وهو شرط مستمد من نص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات حيث نصت على أنه ليس لحق الدفاع الشرعى وجود متى كان من الممكن الركوب فى الوقت المناسب

المطلب الثاني فعل الدفاع وشروطه

١ - ماهية فعل الدفاع :-

هكذا بما سبق متى توافرت في فعل الإعتداء الشروط السابق ذكرها أصبح مباحاً دفعه بأفعال هي أصلاً من قبيل الجرائم غير أنه من المتصور أن يكون فعل الدفاع مشروعاً أو غير مجرم في الأصل وعندئذ لا تكون هناك حاجة لبحث توافر أركان الدفاع الشرعي لأن البحث فيها يفترض أن فعل الدفاع يخضع لولا الإباحة لنص من نصوص التجريم .. المهم أن الدفاع الشرعي يفترض إتيان المعتدى عليه فعلاً يدرأ به عن الحق الخطر الذي يهدده .

٣ - الدفاع بالامتناع :-

من البديهي أن يكون الدفاع في الأصل بفعل إيجابي . ولكن لا يوجد مانع أن يكون الدفاع بفعل سلبي أى عن طريق الامتناع متى تعين وسيلة لدفع الخطر كما إذا اعتدى شخص على آخر فهاجمه كلب المعتدى عليه فتركه هذا الأخير حتى أصاب المعتدى بجروح » (١٣٩) .

٤ - الدفاع بالهرب والفرار :-

إذا كان من الممكن اتقاء الخطر أو وقف الإعتداء بوسيلة تنال من كرامة الشخص وتحط من قدره كالانسحاب والهرب ولكنه فضل الصمود ومواجهة الموقف بأفعال الدفاع الملائمة فهل يجوز له الإحتجاج بالدفاع الشرعي ؟

« الأصل أنه لا يجبر أحد على إتيان فعل يحط من قدره والانسحاب أو الهرب في مواجهة الخطر مسلح مشين لصاحبه لا ينم عنه من جبن وهلع .. فلا يجوز فرض على من تعرض لعدوان غيره وهو ماقضت به محكمة النقض يوم ١٠/٦/١٩٥٢ - من أن القانون لا يجب أن يذعن للسلوك الإجرامى فتطلب من المهدة

» وإذا كان القانون قد حصر الجرائم التي يجوز درؤها بالإنجاء إلى الدفاع الشرعي إلا أنه من ناحية أخرى لم يحصر أفعال الدفاع ضد هذه الجرائم فأباح للدافع كل فعل يتناسب مع خطر الإعتداء ويكون لازماً لدفعه سراً . اتخذ هذا الفعل صورة القتل أو الجرح أو الضرب أو غير ذلك فقد اتفق الفقه واستقر القضاء على أنه وإن كان المشرع لم يشير في المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات إلا إلى إباحة أفعال القتل والجرح والضرب التي ترتكب إستعمالاً لحق الدفاع الشرعي فإن حكم المادة يسرى من باب أولى على ما هو أقل جسامه من ذلك من الأفعال التي تجبى في درء خطر الإعتداء » (١٣٧) .

٢ - الدفاع بفعل إيجابي :-

« افترض الشارع أن الدفاع يكون عن طريق أفعال القتل أو الضرب أو الجرح فالمادة ٢٤٥ من قانون العقوبات تقرر أنه « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء إستعماله حق الدفاع الشرعي .. » ولكن الشارع لا يعنى بذلك أن الدفاع

٦ - الدفاع عن الغير :-

« الأصل أن من ببساح له ارتكاب فعل الدفاع الشرعى هو صاحب الحق المهدد بخطر الاعتداء عليه وليست هناك أية شروط خاصة يستلزمها القانون فيه لذا يستوى أن يكون مجزأ أو غير مجزأ عاقلاً أو مجنوناً أو ذا عاهة عقلية . مدركاً للعمل الذى يرتكبه أو فاقداً الشعور والاختيار فيه .

وإذا كان حق الدفاع الشرعى يثبت للمعتدى عليه أساساً فإنه يثبت كذلك لغيره فهو حق أو رخصة يقررها المقتن لكافة المواطنين سواء كان الاعتداء واقعاً على النفس أو المال وسواء كان جسيماً أم يسيراً .

ولا يشترط لصحة دفاع الغير أن تكون بينه وبين المعتدى عليه صلة قرابة أو جوار أو مودة ولا يسقط حقه فى الدفاع عن غيره وجود خصومة بينه وبين المعتدى أو وجود صلة قرابة أو صداقة بين المعتدى عليه والمعتدى . » (١٤٣) .

٧ - الدفاع عن الشخص المعنوى :-

« والشخص المعنوى يجوز أن يكون مجنباً عليه وبالتالي يجوز الدفاع إزاء الاعتداء الموجه ضد حق حقوقه فمن يشاهد شخصاً يحاول سرقة مال مملوك للدولة أو لإحدى الشركات أن يدفع السرقة بالقوة » (١٤٤) .

٨ - شروط فعل الدفاع :-

لم يتطلب القانون فى فعل الدفاع سوى توافر شرطين فقط هما :-

١ - أن يكون فعل الدفاع لازماً .

٢ - أن يكون فعل الدفاع متناسباً وجساماً الاعتداء .

الشرط الأول :

أن يكون فعل الدفاع « لازماً »

ماهية اللزوم وطبيعته القانونية .

حقوقه الانسحاب والهرب . فضلاً عن أنه ليس مقبولاً أن يحسم المقتن حقوق الإنسان فى نفسه وماله ثم يتطلب منه الهرب حين يتهدد هذه الحقوق خطر . . غير أنه إذا تجرد الانسحاب أو الهرب من دلالاته الإجتماعية المشينة فإنه يصلح وسيلة للتخلص من الخطر لا يجوز تركها واستعمال وسيلة دفاع أخرى تنطوى على استعمال القوة ويتحقق ذلك فى الأحوال التى يكون الهرب فيها من الاعتداء أكرم من دفعه كهروب الابن من اعتداء أبيه الذى تجاوز حدود حقه فى التأديب . . وتقدير ما إذا كان الهروب مشيناً أو غير مشين مسألة موضوعية ترجع إلى ظروف كل واقعة على حدى . . وإذا فضل صاحب الحق المعتدى عليه الانسحاب أو الهرب لتخلص من الخطر فلا يجوز لغيره أن يتدخل لدفع الخطر بالقوة إذ لا وجود لحق الدفاع الشرعى حينئذ . . » (١٤٥) .

٩ - هل يشترط نية الدفاع بالفعل ؟

هل يشترط لإباحة فعل الدفاع أن يكون المدافع مستهدفاً مجرد وقاية حقه الخطر الذى يتهدده ؟

« القانون لا يتطلب نية الدفاع ذلك لأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية فإن توافرت لها شروطها أنتجت أثرها دون الإعتداد بالحالة النفسية لمن يستفيد منها وينبنى على ذلك أن من ارتكب فعلاً يدرأ به خطراً حالاً يهدد بإرتكاب جريمة ويكون فعله متناسباً مع هذا الخطر ولازماً لدفعه يعتبره فى موقف الدفاع الشرعى حتى ولو كان لا يعلم بقيام الخطر فلم تتجه نيته إلى الدفاع » (١٤٦) .

« وعدم إستلزام نية الدفاع مؤداه جواز الدفاع بفعل تقوم به فى الأصل جريمة غير عمدية فمن يترك كليه العقور بغير قيد ولا كاماه يعد مرتكباً لجريمة الجرح غير العمدى إذا عقر الكلب شخصاً ولكن هذه الجريمة تكون مباحة إذا تصادف أن كانت دفعاً لخطر اعتداء . . حال » (١٤٧) .

« تنص المادة ٢٤٧ من قانون العقوبات على أنه »
 ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركوب فى
 الوقت المناسب إلى الإحتما . برجال السلطة العمومية »
 ويعنى ذلك أن استطاعة الإستعانة بالسلطات العامة
 لوقاية الحق المهتد تحول دون إباحة فعل الدفاع .
 ويتضح بذلك أن للدفاع الشرعى صفة إحتياطية
 باعتباره لا محل له إلا عند عجز السلطات العامة عن
 حماية الحق .. ولكن استطاعة الركوب إلى الإحتما
 بالسلطات العامة ليست حائلا دون الاحتجاج بالدفاع
 الشرعى إلا إذا كان ذلك الركوب ممكناً فى الوقت
 المناسب أبأ كان « هناك من ظروف الزمن وغيره
 ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطات قبل وقوع
 الاعتداء بالفعل » أى قبل بدأ الاعتداء . أما إذا
 كان الركوب إلى هذه السلطات غير متاح قبل وقوع
 الاعتداء ، فإن الحق فى الدفاع الشرعى يظل قائماً فى
 كل نطاقه .. وهذا ما قضت به محكمة النقض فى عدة
 أحكام لها : ١٩٤١/٢/٣ ، ١٩٤٦/٥/٢٧ ،
 ١٩٤٩/٣/٢٨ ، ١٩٦٣/٤/١٩ ، ١٩٦٨/٧/٢٤ ،
 ١٩٧٠/٧/١ « (١٤٧) » .

اتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر :-

« ولا يكون فعل الدفاع لازماً إلا إذا كان مجدياً فى
 دفع الخطر وهو لا يكون كذلك إلا بتوجيهه إلى مصدر
 الخطر فإذا إعتدى شخص على آخر بالضرب كان
 للمعتدى عليه أن يستخدم القوة ضد المعتدى لمنع
 الإستمرار فى عدوانه ولكن إذا إستخدمها ضد غيره
 كان فعله غير مجد فى الدفاع وبالتالي غير لازم له »
 (١٤٨) « ومن ثم لا محل لاحتجاجه بالدفاع الشرعى لأن
 الفعل غير ذى جدوى فى التخلص من الخطر فهو غير
 لازم لذلك » (١٤٩) .

« ولا ينفى إتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر ولا
 ينفى شرط لزوم الدفاع بالتالى أن يوجه المدافع فعل
 الدفاع إلى مصدر الخطر قاصداً رده فيصيب غير

» يقصد بلزوم فعل الدفاع أن تكون الجريمة هى
 الوسيلة المتاحة للمدافع والمتعينة لدرء خطر الإعتداء فلا
 يقبل الإحتجاج بالدفاع الشرعى ممن أتيح له دفع الخطر
 بوسيلة مشروعة فتعمد دفعه بارتكاب فعل
 يعد جريمة إذ لم يكن بحاجة فى هذه الحالة إلى
 الإضرار بحق للمعتدى فى سبيل حماية الحق
 للمعتدى عليه » (١٤٥) .

« ويؤكد هذا الشرط الطبيعة القانونية لحق الدفاع
 الشرعى .. فهو رخصة مؤقتة يقرها القانون للأفراد
 لحماية النفس والمال من خطر الإعتداء عليهما وذلك
 حين تمكن السلطات العامة فى المجتمع من أدا وظيفتها
 فى حفظ الأمن والنظام العام ومنع الجرائم وضبط من
 يرتكبها » (١٤٦) .

شرطا اللزوم :-

واشتراط لزوم الدفاع ينطوى فى الواقع على
 شرطين :

الأول : ثبوت أن المدافع لم يكن يستطيع التخلص من
 الخطر بغير الفعل الذى إرتكبه .

الثانى : ثبوت إتجاه الفعل إلى مصدر الخطر .

أثر إمكانية اللجوء إلى السلطات العامة :-

« يدهى أن يكون من شروط الدفاع الشرعى كون
 الفعل الذى إرتكبه المدافع هو الوسيلة المتعينة لدرء
 الخطر ويشير البحث فى هذا الشرط مشكلتين :

الأولى : هل استطاعة الركوب إلى الإحتما بالسلطات
 العامة تحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعى ؟

والثانية : هل استطاعة الهروب من المعتدى تحول دون
 إباحة فعل الدفاع ؟

ونحن قد سبق لنا مناقشة مسألة إمكانية الهرب من
 مصدر الخطر وبقي لنا أن نناقش المشكلة الأولى .

« والتناسب بهذا المعنى لا يقوم على الموازنة بين جسامته الضرر الذي يلحق فعل الدفاع بالمعتدى والضرر الذى يهدد المعتدى عليه ، وإنما على المقارنة بين الأفعال التى كان فى إمكان المدافع بارتكابها الوقاية من خطر الاعتداء لمعرفة أيها أقل ضرراً بالمعتدى فيكون فعل الدفاع متناسباً مع خطر الاعتداء إذا كان هو الوسيلة الوحيدة التى أتاحت للمدافع لدفع الخطر أو كان أقل الوسائل المتاحة له ضرراً بالمعتدى ، ولا عبرة بعد ذلك بكون الضرر الذى يسببه هذا الفعل للمعتدى أشد وأقل من الضرر الذى ينذر فعل الاعتداء بإلحاقه بالمعتدى عليه » (١٥٣) .

٢ - الظروف التى يجب مراعاتها عند تقدير التناسب :
ولا يشترط أن يستعمل المعتدى عليه أداة مماثلة لما يستعمله المعتدى فقد لا تكون مثل هذه الأداة فى متناول يده ثم أن التفاوت بينهما فى القوة البدنية قد يجعل المعتدى عليه فى حاجة إلى أداة أكثر خطورة إن كان أضعف منه بدنياً وقد يجعل الكفاية فى أداة أقل خطورة إن كان أقوى منه بدنياً فللمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء ، والتى تختلف تبعاً لاختلاف الظروف - نقض ١٩٥٦/٣/٦ - ولا يجوز أن يعدد معيار مجرد للتناسب بل من المتعين مراعاة الظروف التى أحاطت بالدفاع وقت تعرضه للخطر وسيطرت على تفكيره ووجهت تصرفه ومن ثم لم يكن سائفاً محاسبته على مقتضى التفكير الهادىء المطنش الذى لا يقرى عليه والخطر يهدده ويجعل تفكيره وتصرفه مضطربين .. » (١٥٤) .

« وترى محكمة النقض كما فى حكمها الصادر يوم ١٩٦١/١٢/١٢ أن معيار التناسب يقوم على الموازنة بين الاعتداء الواقع على المدافع والذى خول له حق الدفاع وبين ما أتاه فى سبيل الدفاع »

بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يشترط ألا يكون بين الاعتداء والدفاع عدم تناسب ظاهر إذ لا يمكن

المعتدى . ويتحقق ذلك نتيجة الغلط فى موضوع فعل الاعتداء أو الخطأ فى توجيه فعل الدفاع .. على نحو ما وضعنا سابقاً .

والسائد فقهاً وقضاً أنه إذا كان المدافع قد سلك مسلك الرجل المعتاد وبنى سلوكه على أنه : « ب معقولة فإن فعله يكون مباحاً على الرغم من اتجاهه إلى غير مصدر الخطر مادام قد ثبت أن المدافع كان سلوكه موافقاً لسلوك الرجل المعتاد ومبنياً على أسباب معقولة وأنه بذل كل الصيانة والاحتياط كي يصيب مصدر الخطر ولكنه أصاب غيره لأسباب لا سيطرة لارادته عليها » (١٥٥) .

الشروط الثانية :

تناسب فعل الدفاع مع جسامته الخطر .

١ - مدلول التناسب :-

يعنى تناسب فعل الدفاع مع جسامته الخطر حسب تعبير محكمة النقض فى حكمها الصادر يوم ٦ مارس سنة ١٩٥٦ أنه « إذا كان فى وسع المعتدى عليه أن يدرأ الخطر بفعل معين فلا يباح له أن يدرأه بفعل أشد جسامته » .. وتعد أفعال الدفاع مشروعة بالقدر الضرورى لرد الاعتداء أو خطره وما يزيد عن ذلك يكون خارجاً عن نطاق وحدود الدفاع الشرعى الذى أقره القانون لدفع خطر الاعتداء . لا لدفع الاعتداء ثم توقيع قدر زائد من العقاب على مرتكبه قصاصاً أو إنتقاماً منه .. » (١٥٦) .

« والمشرع لم ينص صراحة على أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع جسامته الخطر غير أن هذا الشرط مستخلص من المادة ٢٥١ التى تعاقب بقوة مخففة من يتعدى بنية سليحة حدود حق الدفاع الشرعى ، كما أنه يستخلص من طبيعة هذا الحق بإعتبار أن القصد منه تفادى الاعتداء وليس معاقبة المعتدى أو الإنتقام منه » (١٥٧) .

أن تتطلب المساواة الكاملة بين الفعلين فثمة إختلاف يتسامح فيه إذ تفرضه الظروف ولا يقوى شخص معتاد على تجنبه « (١٥٥) .

٣ - معيار التناسب :-

« والمعيار الذي يستند إليه في تقدير التناسب معيار موضوعي قوامه النظر للتصرف الذي يقوم به الشخص المعتاد مع مراعاة كافة الظروف التي تحيط بالإعتداء » (١٥٦) ... ويقصد بالشخص المعتاد « الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع أخيرة الإنسانية العامة وللقاضى أن يعتبر نفسه هذا الشخص فيخضع نفسه موضع المدافع ويتساءل عما إذا كان يرد الخطر بالفعل الذي التجأ إليه أم أنه كان سيلجأ إلى أفعال أقل جسامة .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المعيار ليس موضوعياً خالصاً إذ لا يجوز إغفال الظروف التي أحاطت بالمدافع وجعلته يتصرف على النحو الذي تصرف به بل يتعين إفتراض الشخص المعتاد مخاطباً بذات الظروف التي أحاطت بالمدافع وهذه الظروف لا تقبل الحصر فتتعلق على سبيل المثال بقوة المدافع البدنية ودرجة هدوء أعصابه وسنه وجنسه والمكان والزمان اللذين تعرض فيها للإعتداء . وتصف محكمة النقض معيار التناسب بناءً على ذلك على أنه معيار إعتباري .

ونخلص من ذلك أنه إذا كان المدافع يقدر حقيقة جسامة الخطر وكانت الوسيلة الملائمة لدرئه تحت تصرفه ولكنه التجأ إلى فعل أشد خطراً فإن التناسب يمد متغنياً مثال ذلك أن يتعرض شخص لإعتداء بالضرب ويكون في استطاعته ضرب المعتدى أو تحطيم الأداة التي يستعملها ويثبت أنه كان من شأن أحد هذين الفعلين دمه الخطر ولكنه يقتله . « (١٥٧) .

٤ - إثبات التناسب :-

بقى أن نقول « أن تقدير التناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء أمر موضوعي تفصل فيه محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى بنت قضائها على أسباب سائفة ولذلك فإن المحكمة إذا كانت قد أثبتت في حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي ولكنها إستخلصت ما يخالف هذه الحقيقة فإنه يكون لمحكمة النقض أن تصحح هذا الإستخلاص بما يقضى به المنطق والقانون فتقتضى بتقص الحكم ومبرراً التهم متى توافرت في الواقعة أركان الدفاع الشرعي » (١٥٨) .

المبحث الثالث

قيود الدفاع الشرعي

ماهية قيود الدفاع الشرعي :-

« يترتب على توافر شروط الدفاع الشرعي أن ترتفع عن سلوك المدافع الصفة غير المشروعة ويصبح من حقه اللجوء للدفاع » غير أن المشرع قيد هذا الحق في حالتين نصت عليهما المواد ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات إذ إشتراط لقيام الدفاع الشرعي فيها شروطاً خاصة إلى جانب الشروط العامة المتطلبية في كل دفاع فقد حظر مقاومة مأموري الضبط أثناء قيامهم بحسن نية بعمل بناءً على واجبات وظيفتهم ولو تخطوا حدودها إلا في حالات خاصة .. كما منع الإلتجاء إلى القتل العمد كوسيلة للدفاع إلا في حالات محددة على سبيل الحصر .. وينتهي على ذلك أنه إذا لم تتوافر الشروط الخاصة المنصوص عليها في هذه المواد يظل سلوك من تعرض للخطر غير مشروع بالرغم من توافر الشروط العامة للدفاع الشرعي .. « (١٥٩) » ومؤدى هذا إعتبار قتل الدفاع غير مشروع على الرغم من توافر كل شروط الدفاع الشرعي « (١٦٠) » .

القيد الأول

حظر مقاومة مأموري الضبط

١ - المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات -

ورد هذا القيد في المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات والتي نصت على أنه « لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جرح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » .

« ولولا هذا النص لكان تجاوز مأمور الضبط حدود واجبة سبباً ببيع ممارسة الدفاع الشرعى ضده . لأن التجاوز من جانبه يعتبر إعتداء في أغلب الأحوال » (١٦٦) .

« وقد قصد المقتن بهذا القيد أن يوفر للمأمورى الضبط نوعاً من الضمان في قيامهم بأداء واجبات وظيفتهم مقدراً ما كان ينتهى إليه الأمر من عرقلة سير أعمالهم لو أنه ترك للمعتدى عليه أو للمدافع عنه في الحالة التى يتوافر فيها هذا القيد إستعمال القوة ضدهم (١٦٦) كما روعى في حظر الدفاع الشرعى ضد مأمورى الضبط - أيضاً - ماتتسم به أعمالهم من طابع الشرعية وأن في إجازة مقاومتها ما يعوقها عن تحقيق أغراضها ... » (١٦٣) « فضلا عن أن مأمورى الضبط يمثلون هيبة الدولة وسلطاتها وفي إباحة إستعمال القوة ضدهم أثناء قيامهم بأعمالهم مساس بهيبة الحكومة .. » (١٦٤) .

٢ - بين هم مأمورى الضبط ؟؟؟ -

« يراد بمأمورى الضبط رجال الضبطية الإدارية والقضائية وهم فريق من الموظفين العاملين يدخل في اختصاصهم إتخاذ إجراءات القهر والإجبار تنفيذاً لحكم القانون أو أوامر الرؤساء فيدخل في عدادهم أعضاء النيابة العامة ورجال الشرطة والقوات المسلحة .. فليس كل موظف عام من مأمورى الضبط وتحديد ما ذا كان

الموظف من مأمورى الضبط يقتضى البحث في الإختصاص المخول له ... والتحقق مما إذا كان يتضمن الإستعانة بالقوة الجبرية أم لا يتضمن ذلك » (١٦٥) .

« وإذا كان القانون المصرى قد قصر هذا القيد على مأمور الضبط فإن هناك تشريعات أخرى قد عمته على كافة الموظفين العموميين مثل القانون الليبى فى المادة ٧٠ مكرراً » .

« ويدخل فيهم أعضاء النيابة العامة ومعاونوها وضباط الشرطة وأمنائها والعمد ومشايخ البلاد ومشايخ الحفراء ونظار وكلاء محطات السكك الحديدية كما يدخل فيهم من يقومون بوظيفة الضبطية فى جرائم معينة تتعلق بالوظائف التى يؤدونها عادة مثل : مفتشو صحة المحافظات ومفتشو صحة المراكز والأقسام ومفتشو التمرين وغير هؤلاء . عن نصت عليهم المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية » (١٦٦) .

٣ - نطاق هذا القيد :-

ما من شك فى أنه متى كان عمل مأمور الضبط فى حدود القانون فإن أفعاله تكون مشروعة ولا يكون محل للدفاع الشرعى حيث تشترط القاعدة العامة لإباحة الدفاع الشرعى أن يكون الخطر الذى يهدد المدافع خطر غير مشروع .

ولكن فى حالة ما إذا كان المأمور قد جاوز حدود القانون فصار عمله غير مشروع وتقتضى القاعدة العامة إباحة الدفاع الشرعى ضده . هنا يكون نطاق القيد والخطر حيث قام الشارع - أخذاً بعدة إعتبارات - بحظر الدفاع الشرعى على سبيل الإستثناء مثال ذلك أن يقبض مأمور الضبط القضائى على متهم بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل أو أن يقبض على شخص غير الذى عين فى أمر القبض أو أن يشاهد فعلاً يظنه جريمة تبيح القبض فيقبض على مرتكبه . » (١٦٧)

٤ - شروط إعمال القيد :-

لم يشأ المشرع أن يجعل هذا القيد مطلقاً من أي شرط حتى لا يكون من شأنه الإهدار الكامل لحقوق الأفراد ولذلك تطلب القانون توافر ثلاثة شروط لقيامه هي :

- ١ - أن يكون مأمور الضبط حسن النية .
- ٢ - أن يدخل العمل في اختصاص مأمور الضبط .
- ٣ - ألا يكون ثمة خوف من أن يترتب على الفعل بناء على أسباب معقولة موت أو جراح بالغة .

(١) حسن نية مأمور الضبط .

يقصد بحسن نية مأمور الضبط إعتقاده أن عمله في حدود القانون وأنه داخل في نطاق اختصاصه الوظيفي « أي يجهل السبب الذي يصيب عمله ويطلع عنه الصفة المشروعة فإذا قبض على متهم بمقتضى أمر باطل من حيث الشكل فالفرض أنه يجهل العيب الشكلي ويعتقد أن الأمر صحيح وإذا قبض على شخص غير الذي عين في أمر القبض فحسن نيته يعنى إعتقاده أن من يقيض عليه هو الشخص المعين في أمر القبض ... » (١٦٨) .

أما إذا كان مأمور الضبط سيئ النية في عمله فإن مقاومته وفقاً لقواعد الدفاع الشرعي تكون جائزة وفقاً لما نص عليه حكم محكمة النقض الصادر يوم ١٩٤٥/٥/١٤ ... ومن أمثلة الحالات التي تسوء نية المأمور فيها أن يحاول تنفيذ أمر القبض ضد شخص غير المعين في أمر القبض لأنه يحمل عداً له أو أن يرتكب فعلاً ظاهر المخالفة للقانون بحيث لا يتصور أن تكون نيته حسنة كما لو عذب متهماً أو هتك عرضاً .. » (١٦٩) .

« وحسن نية مأمور الضبط أمر مفترض ويقع عبء إثبات سوء نيته على عاتق من إستعمل القوة ضده ومع ذلك فإن العمل الظاهر مخالفته للقانون كتعذيب المتهم

أو هتك العرض يعنى بذاته انتفاء حسن نيته والفصل في هذا الشأن يعتبر من المسائل الموضوعية التي يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع » (١٧٠) .

(ب) دخول العمل في دائرة الاختصاص :

يرى البعض أن هذا الشرط « مستخلصاً من المادة ٢٤٨ عقوبات التي إشتطت أن يكون ما أتاه بناء على واجبات الوظيفة فإذا كان العمل لا يدخل أصلاً في اختصاصه إنتفت الحكمة التي من أجلها نص المشرع على هذا القيد » (١٧١) .

ويرى آخرون « أن هذا الشرط لم يصرح به الشارع ولكن مستفاد من علة القيد إذ أن الشارع يريد مباشرة مأمور الضبط اختصاصه على الأفراد أما إذا كان العمل لا يدخل أصلاً في اختصاص مأمور الضبط فلا تقوم الحاجة إلى حظر الدفاع الشرعي في مواجهته إذ لا تقتضى مصلحة المجتمع تنفيذ هذا العمل .

وقد سلم القضاء بوجود توافر هذا الشرط فإذا قبض مأمور الضبط القضائي على شاهد لإرغامه على الحضور للإدلاء بمعلوماته أمامه فالدفاع جائز لأن القبض على الشاهد ليس داخلاً في اختصاصه أصلاً والتحقق من توفر هذا الشرط يقتضى البحث في اختصاص المأمور والتأكد من دخول العمل فيه » (١٧٢)

(ج) ألا يكون ثمة خوف من أن يترتب على الفعل موت أو جراح بالغة .

« إذا كان المشرع قد حظر الدفاع الشرعي ضد مأمور الضبط الحسن النية بالرغم من تخطيه لحدود وظيفته إلا أن هذه الحماية لا يجوز أن تمتد فتشمل الحالات التي يخشى فيها من يتعرض لعمل المأمور من أن يترتب عليه موت أو جروح بالغة مادام هناك مبرر معقول لهذه الخشية فليس من المنطق أو من العدل التضحية بالحياة أو التعرض لجراح جسيمة لمجرد ضمان مباشرة مأمور الضبط لإختصاصه خصوصاً إذا روعي أنه

« على أن إباحة فعل الدفاع ضد مأمور الضبط في هذه الحالة يفترض إنتراء عمله على خطر حقيقى يهدد بالموت أو بجروح بالغة مفهومة على أنها الجروح التى يحتمل أن تقضى إلى عاهة مستديمة أو مرض أو عجز خطيرين فلا تباح مقاومة مأمور الضبط إذا لم يكن لهذا الخطر وجود إلا فى إعتقاد المعتدى عليه ولكن يجوز عندئذ الدفع بإمتناع المسئولية للفظل الحتمى فى الإباحة إذا كان الإعتقاد بقيام الخطر مبنياً على أسباب معقولة » (١٧٧) .

٥ - متى يجوز مقاومة مأمور الضبط ؟

« إذا إنتفى شرط من الشروط السابقة فالدفاع جائز ضد مأمور الضبط ولكن يشترط لذلك توافر كل شروط الدفاع الشرعى ومن أهمها حلول الخطر ولزوم فعل الدفاع وتناسبه مع جسامته الخطر فالدفاع جائز ضد مأمور الضبط إذا ساءت نيته أو لم يكن الفعل داخلا أصلاً فى إختصاصه أو كان يخشى أن يترتب عليه موت أو جراح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول » (١٧٨) .

« ويقع على المدافع عبء إثبات إنتفاء أحد هذه الشروط أو كلها والتى يعلق القانون عليها حظر الدفاع غير أنه إذا كان عمل المأمور ظاهر المخالفة للقانون إنتقل عبء إثبات حسن النية على عاتق سلطة الإتهام والفصل فى توافر هذه الشروط أو عدم توافرها أمر يتعلق بوقائع الدعوى يرجع فيه إلى تقدير محكمة الموضوع ، وإذا رفضت المحكمة ما تقدم به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى ضد مأمور الضبط تعين عليها أن تبرر توافر الشروط الثلاثة التى يشترطها القانون لحظر الدفاع ضده حتى تستطيع محكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون وإلا كان حكمها مشوباً بتقصير فى التسبيب يستوجب نقضه » (١٧٩) .

قد خرج عن حدود وظيفته » (١٧٣) . . . « فإذا تصور مأمور الضبط - خطأ - أن المتهم الذى قبض عليه أو ذويه يريدون قتله لتخليص المتهم فيبعد سلاحه النارى للإطلاق ويأخذ وضع الاستعداد لذلك أو إذا أصر على تنفيذ أمر القبض على امرأة فى حالة مخاض فى بيتها رغم ما فى ذلك من خطر على حياتها وعلى حياة الجنين الذى تو شك أن تلده فإن للمشهد بالخطر أو غيره مقاومة ويسكون فعله عن ذلك مباحاً » (١٧٤) .

« وإشترط القانون أن يكون خوف المهدد بهذا الخطر سبب معقول وتقرير جسامته الجراح متروك للسطة التقديرية للقاضى والتحقق من قيام الخوف لدى المهدد بالخطر يقتضى البحث فى حالته النفسية لتقدير ما دار فى ذهنه عن الخطر الذى هدهد وإشترط وجود سبب معقول لهذا الخوف يعنى تخويل القاضى سلطة رقابة تقدير المدافع وتفكيره ولكن تتعين مراعاة الظروف التى أحاطت بالمدافع وقت تعرضه للخطر فإذا بالغ فى خوفه فقدر الخطر بأكثر من حقيقته ولكن كان فى ظروفه ما يبرر ذلك فإن الخوف يعد قائماً على سبب معقول . . ومثال الحالات التى يجوز فيها الدفاع لاتنفاء هذا الشرط أن ينفذ مأمور الضبط أمراً بالقبض ضد شخص أجريت له عملية جراحية منذ وقت قليل بحيث يرجع أن يترتب على نقله إلى محل الشرطة وفاته أو إصابته بضرر صحى جسيم » (١٧٥) .

« وتقدير وجود السبب المعقول الذى يبرر أعمال الدفاع من شأن قاضى الموضوع يفصل فيه بمراعاة الظروف المحيطة بالمدافع .. فإذا إنتهت محكمة الموضوع إلى وجود هذا السبب أو عدم وجوده فلا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام أن ما إنتهت إليه يتفق عقلاً مع ما ساقته من مقدمات » (١٧٦) .

القيد الثاني :

حظر القتل العمد في غير حالات محدودة على سبيل المحصر .

١ - المادة ٢٤٩ عقوبات .

تنص المادة ٢٤٩ عقوبات على أنه :

« حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية : -

أولاً : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

ثانياً : إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة .

ثالثاً : إختطاف إنسان .

٢ - المادة ٢٥٠ عقوبات

وتنص المادة ٢٥٠ على أنه

« حق الدفاع عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية :-

أولاً : فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب .

ثانياً : سرقة من السرقات المحددة من الجنايات .

ثالثاً : الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته .

رابعاً : فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

٣ - علة هذا القيد :-

« يتعلّق هذا القيد بالتناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر . فالشارع يحدد على سبيل المحصر حالات معينة يجيز فيها الدفاع عن طريق القتل العمد وفيما عدا هذه الحالات يحظره القانون ولو كان لازماً . لرد الخطر ومتناسباً معه وفقاً للضابط المحدد سابقاً . ويعني أيضاً أن الشارع لا يسمح بالقتل العمد لمجرد

أنه متناسب مع جسامة الخطر . وهو لا يسمح به كذلك إلا إذا توافرت كل شروط الدفاع الشرعي ومن بينها تناسب الفعل مع جسامة الخطر وتوضيح ذلك أن إباحة القتل العمد متونة بتوافر إحدى الحالات التي ينص عليها القانون ومتونة كذلك بكون القتل متناسباً مع جسامة الخطر ، فالمعيار العام للتناسب لا يطبق لإباحة القتل في غير هذه الحالات ولكنه يطبق لإستبعاد الإباحة على الرغم من توافر إحدى هذه الحالات إذا كان درء الخطر ممكناً عن طريق فعل أقل من القتل جسامة فمن يهدد بسرقة تعد من الجنايات - وهي حالة ينص عليها القانون لا يباح له القتل إذا كان في وسعه درء خطرهما عن طريق الضرب أو الجرح » (١٨٠) .

« والذي حدا بالشارع إلى إيراد هذين النصين هي الرغبة في الحد من القتل نظراً لجسامته فليس للمهدد بالإعتداء أن يلجأ للقتل في غير الحالات الواردة في المادتين ولو كان القتل هي الوسيلة اللازمة للدفاع ولا يجوز للمدافع أن يلجأ للقتل لدفع خطر جرمية من الجرائم الواردة في المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ إلا إذا كان القتل هي الوسيلة المناسبة حيال الإعتداء وتوافر حالة من هذه الحالات ليس إلا قرينة بسيطة على تناسب الإعتداء مع القتل غير أنها قابلة لإثبات العكس ولا تسلب المحاكم سلطة تقدير التناسب » (١٨١) .

٤ - القتل العمد دفاعاً عن النفس :-

نصت المادة ٢٤٩ من قانون العقوبات على ثلاث حالات يجوز فيها القتل العمد دفاعاً عن النفس هي :

١ - لمواجهة « فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة . إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة . » .

ويفترض الشارع في هذا النص أن الفعل يهدد بأحد خطرين : الموت أو الجراح البالغة - ويشترط أن يكون للإعتقاد بقيام هذا الخطر سبب معقول ويراد بالجراح البالغة ما يكون من شأنه إحداث عاهة أو مرض أو عجز خطيرين ويلاحظ أن النص لا يتطلب أكثر من

« فمن يدخل مسكن الغير ليلاً دون رضائه ودون أن يكون في وسع حائز المسكن العلم بغرضه يريد شراً غير معروف مداه فقد يكون بالغاً أقصى الخطورة إذ من التصور أن يكون غرضه القتل أو السرقة أو إغتصاب امرأة أو هتك عرض بالقوة ولذلك اعتبر الشارع حائز المسكن على حق حينما يفترض أن من يدخل مسكنه في هذه الظروف يهدده بخطر جسيم لا يصلح لدرته غير القتل العمد » (١٨٣) .

وشروط إباحة القتل العمد في هذه الحالة هي :

(أ) أن يكون الدخول في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته .

« والمنزل المسكون هو المكان الذي يقيم فيه شخص أو أكثر بالفعل ومظهر الإقامة فيه هو تخصيصه للنوم ومظاهر الحياة التي جرى عرف الناس على حجبها عن إطلاع الغير عليها .. ويشترط أن يكون المنزل مسكوناً بالفعل فلا يكفي كونه معداً للسكن ولكنه لم يسكن أحد بعد .. ولكن القانون لا يتطلب وجود سكانه فيه وقت دخول المعتدي فقد يقع الإعتداء حين يغادره السكان مؤقتاً » (١٨٤) .

ولكن هناك من يشترط وجود السكان في المنزل لحظة الإعتداء » (١٨٥) .

ويقصد بملحقات المنزل أماكن ليست مسكونة ولا معدة للسكن ولكنها متصلة بالمنزل المسكون كهف المنزل وحديقته ومخازنه وسطحه ... الخ .

(ب) أن يشبث جهل الحائز للمسكن لغرض المعتدي من الدخول .. إلا في حالة ما لو كان الغرض الذي علم به يهدد بجريمة تبيح القتل العمد قانوناً .. أما إذا علم بمقدار الخطر الذي يهدده فعليه أن يجعل دفاعه متناسباً معه .. وكل مصادر العلم سواء فقد يبلغه شخص أو يعلم عن طريق الشائعات أو تكون الظروف

فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة فلا يلزم إذن في الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في إعتقاد المدافع ولكن بشرط أن يكون هذا الإعتقاد مبنياً على أسباب معقولة .. وتقدير ما إذا كان الفعل من شأنه أن يحدث الموت أو جروحاً بالغة يرجع إلى محكمة الموضوع تقدره على وفق ما كان يحيط بالمدافع من ظروف وبالنظر إلى حالته على ماتقدم في تقدير مناسبة القوة التي تستعمل في الدفاع » (١٨٦) .

٢- مواجهة « إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة » ويعني الشارع بذلك تهديد الخطر بارتكاب المعتدي جريمة وقاع أنشئ بغير رضاها « المادة ٢٦٧ع » أو جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد « المادة ٢٦٨ع » .

٣- مواجهة « اختطاف إنسان » ويعني الشارع بذلك الجرائم التي تنص عليها المواد ٢٨٣ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ من قانون العقوبات .

٥ - القتل العمد دفاعاً عن المال :-

أما المادة « ٤٥٠ع » فقد حددت الحالات التي يجوز فيها اللجوء للقتل العمد دفاعاً عن المال حيث نصت على أن حق الدفاع الشرعي لا يجوز أن يسمح العمد إلا في مواجهة حالة من الحالات الآتية :

١ - « فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات » وهي جرائم الحريق العمد الموضحة بالمواد « ٢٥٢ - ٢٥٧ ثم المادة ٢٥٩ع » .

٢ - « سرقة من السرقات المدودة من الجنابات » وهي السرقات المنصوص عليها في المواد من ٣١٣ إلى ٣١٦ ، مكرر ثانياً من قانون العقوبات

٣ - الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في إحدى ملحقاته .

الخاصة بإباحة القتل الصمد دفاعاً عن النفس طالما أن الخطر يهدد في النهاية نفس الإنسان» (١٩١١)

ولكن الصحيح وجود فرق بين الحالتين ففي الحالة التي ذكرتها المادة ٢٤٩ ع الخطر يهدد النفس مباشرة أما حالتنا هذه فالخطر يهدد المال ثم يمتد تهديده إلى النفس» (١٩٢٢) . وإن كانت المحصلة واحدة ..

الفصل الثالث

الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول : الجريمة والإباحة .

المبحث الثاني : الدفاع الشرعي الخاص «دفع الصائل»

المبحث الثالث : الدفاع الشرعي العام «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» .

المبحث الأول

الجريمة والإباحة في الشريعة

١- مصادر التشريع الجنائي في الإسلام :

« من المبادئ في الإسلام أن الله سبحانه وتعالى هو مصدر الشرائع والأحكام سواء كان طريق معرفة الحكم هو النص الصريح المباشر في القرآن أو السنة ، أو إجماع المجتهدين لأن دور المجتهد ينحصر في إبراز حكم الله والكشف عنه بطريق الاستنباط الفعلي ضمن مقاصد الشريعة وحسب روحها العامة إلا أن الله تعالى تفضلاً منه وإحساناً كتب على نفسه الرحمة فلا يشرع إلا ما يكون متفقاً مع الحكمة ومحققاً للمصلحة كما أباحه الله فهو نافع طيب وما حرمه فهو ضار خبيث ولقد تأكد هذا المبدأ باستقراء الأحكام الشرعية وفحصها فإنها كلها شرعت بتحقيق مصلحة الإنسان إما لجلب النفع له أو دفع الضرر عنه ... قال تعالى مبيناً خاصية رسالة رسول الله ﷺ «وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين» الأنبياء ١٠٧

هي مصدر علمه » (١٨٩) وتطبيقاً لذلك « إن علم عن طريق ما أن من يدخل منزله يريد لقاء فتاة أو إتلاف منقول حينئذ يكون القتل غير مباح » (١٨٧) .

« أو تدل الظروف على أن الداخل يحاول الإستيلاء على بعض فواكه الحديقة وإن هذا هو كل غرضه فيكون القتل غير مباح كذلك » (١٨٨) .

(ج) أن يكون دخول المسكن أو أحد ملحقاته « ليلاً » .

فالليل بما يكتنفه من ظلام وقلة المارة في الطرق العامة مظنة لخناخ مناسب للجريمة ويسهل للمعتدى تنفيذ مقصده حيث تصعب النجدة والمعونة ... والليل حسب ما استقرت عليه محكمة النقض هي الفترة بين غروب الشمس وشرورها وحسب ما تواضع عليه الناس فيعتبر دخول المنزل حاصلًا ليلاً إذا وقع بعد غروب الشمس وقيل أن يخيم الظلام بالفعل أو كان وقوعه قبل شروق الشمس ولو بعد طلوع الفجر» (١٨٩)

« فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة جاز الدفاع الشرعي بالقتل الصمد وتعين على محكمة الموضوع أن تقضى بالبراءة ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خالفت القانون إذا أثبتت في حكمها ما يدل على توافر هذه الشروط الثلاثة ولكنها نفت توافرها الحق أو اعتبرت المدافع متجاوزاً لحدود الدفاع » (١٩٠) .

٤ - « فعل يتخوف أن يحدث عنه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة » .

ويقصد بذلك إرتكاب المعتدى فعل اعتداء على المال يهدد بالخطر للحياة أو يهدد على نحو خطير سلامة الجسم .. مثال أن يحاول شخص إتلاف آلة فيهدد ذلك بإنفجارها بحيث تقضى على حياة العاملين عليها أو تصيبهم بجراح بالغة ..

وذهب البعض أنه كان « من الممكن الإستغناء عن هذه الحالة بما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٤٩

مصدر في تقرير الجرائم والعقوبات ... ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ... فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة ولا تقرر أحكاماً كلية جديدة وإنما هي طرق للإستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ولا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصها « (١٩٩) » .

٢- المحظور والمباح في الشريعة :

« المحرم والمباح ضدان لأن الإباحة ضد المحظر ، فالمباح هو ما إذن الشرع في فعله أو خير المكلف بين فعله وتركه دون أن يتعلق بفعله مدح أو ذم أو ثواب وعقاب مثل : كل ما أباحه الله لنا من طيبات الرزق والإستمتاع بنعيم الحياة الذي لم يرد نص في الإسلام يجعله حراماً أو كل ما أباحه المولى لغيره للإنتفاع به مع بقاء عينه كما في حال الإعارة والإجارة أو لاستهلاكه كما في حال الضيافة أو ما إذن فيه الشرع لدفع الضرر إستثناءً من المحظور عادة مثل أكل الميتة للمضطر وأكل النجاسات والخبائث إضطراباً وقتل القاتل وتطبيق العقوبات والحدود على الزناه والسراق وقطاع الطرق ونحوهم للجزر وقطع بعض الأعضاء للتداوى أو لحصر الداء في مكان الداء ، بل منها ما هو واجب .

والحرام هو ما طلب المشرع تركه حتماً بحيث يذم فاعلة ويعاقب على إرتكابه في الآخرة وقد ينضم إليه عقاب في الدنيا مثل أكل أموال الناس بالباطل وقتل النفس التي حرم الله بغير حق وإيذاء الناس بالقول أو بالفعل وتناول كل ما يضر بالجسد أو بالعقل وإقتراف الفواحش وإنتهاك الأعراض ونحوه من كل ما فيه ضرر غالب » (١٩٧) .

وقال سبحانه : « رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » النساء (١٦٥) . فكان من رحمة الله بالناس في التشريع أنه قصد حفظ التوازن بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع فما جعله الشرع مباحاً مآذوناً أو واجباً مفروضاً على الإنسان فهو إما نافع له نفعاً محضاً أو أن نفعه أكثر من ضرره أو أنه محقق للمنفعة لأكبر مجموعة من الناس وما جعله الشرع حراماً أو مكروهاً فهو لأنه شر محض أو لأن ضرره أكثر من نفعه أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس « (١٩٣) » ولهذا المعاني كلها وجب أن يكون مقياس إعتبار المصلحة والمفسدة ومعيار النفع والضرر هو تقدير المشرع الحكيم وهو الله سبحانه لما في ذلك من ثبات وخلود وضمان أكيد لمصلحة الفرد والجماعة وتهينة الإنسان في الحياة الدنيا للحياة الأخرى « (١٩٤) »

« والإسلام يتميز بنظرة شاملة في تنظيمه لشئون الحياة ولاسيما الحرام فهو قد نظم علاقات الإنسان الثلاث : علاقته بخالقه ، وعلاقته بنفسه ، وعلاقته بمجتمعه لأنها علاقات متلازمة يستلزم بعضها بعضاً والعناية بعلاقة منها تؤدي في النتيجة إلى العناية بالعلاقات الأخرى فكان ذلك في الحقيقة ضامناً لتحقيق الهدف الإصلاحى الذى تنشده الجماعة ويحسى مصالحها » (١٩٥) .

« ومصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات أربعة مصادر منها ثلاثة متفق عليها وهى :

١- القرآن .

٢- السنة .

٣- الإجماع .

أما الرابع فهو القياس وقد اختلف فيه الفقهاء فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جئائى ورأى البعض أنه ليس

٣- التعريف الإسلامي للجريمة :

تعرف الجريمة فى الشريعة الإسلامية على أنها « محظور شرعى زجر الله عنه أو تعزير » (١٩٨) .

والمحظورات الشرعية هي إما إتيان فعل منهي أو ترك فعل مأمور به وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية إشارة إلى أنه يجب فى الجريمة أن تحظرها الشريعة ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ، ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزاء ومفردها جزء ، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

وكثير ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنابة ، حيث يمكن القول أن لفظ الجنابة فى الإصطلاح الفقهي مساوٍ للفظ الجريمة ، ففى الشريعة الإسلامية كل جريمة هي جنابة سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أو بأشد منها وعلى ذلك فال مخالفة القانونية تعتبر جنابة فى الشريعة والجنحة تعتبر جنابة والجنابة فى القانون تعتبر جنابة فى الشريعة أيضاً » (١٩٩) .

وإذا كانت المعاصى تعرف بأنها إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبت من الواجبات فإن المعنى الفنى للمعصية يقابل تماماً بالمعنى للجريمة فى استعمالنا القانوني » (٢٠٠) .

٤- مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » :

« وقد سبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » كما يتضح من القاعدتين القائلتين :

١- لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص .

٢- الأصل فى الأشياء الإباحة .

مصدر هاتين القاعدتين قول الله تعالى « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » الإسراء : ١٥ وقوله تعالى « وما كان ينك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا » القصص ٥٩ وقوله جل وعلا

« رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » النساء : ١٦٥ فهذه النصوص قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار » (٢٠١) .

« ويختلف تطبيق القاعدة فى الشريعة باختلاف نوع الجرائم التى تطبق عليها ففى الجرائم الخطيرة التى يتأثر بها أمن جماعة ونظامها تأثراً شديداً تشدد الشريعة فى تطبيق القاعدة تشدداً تاماً فتدقق فى تحديد الجريمة وتعين العقوبة وهذا هو المتبع فى جرائم الحدود وفى جرائم القصاص والدية ، وفى الجرائم الأقل خطورة وهى جرائم التعزير كلها مجموعة من العقوبات وتترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة وفى جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة وتكتفى بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أى فعل يس المصلحة العامة والنظام العام فكان الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائم وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد » (٢٠٢) .

٥- الدفاع الشرعى وأسباب الإباحة :

« يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة ولكنها كلها ترجع إما لإستعمال حق وإما لأداء واجب ، فإستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذى يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة وينتج من مؤاخذه الفاعل لأن الشريعة الإسلامية جعلت له حقاً فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمت بإتيانه فأباحت له بذلك ما حرم على الكافة » (٢٠٣) .

« فالأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، ولكن الشارع رأى إستثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيها صفات خاصة لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة ولأن هؤلاء الذين

دون الحكم فيلزم المضطر بالتعويض فمن أصابته مخمصة يباح لسه تناول مال الغير ولا يسقط الضمان « (٢٠٩) ، ومن ناحية أخرى فإن حالة الضرورة يقصد بها دفع ضرر طرف خارجي كحريق وغرق أو عامل داخلي كالجوع والعطش وأن تقدير الخطر في حالة الضرورة يرجع إلى معيار مادي محض .

٦- أنواع الدفاع الشرعي:

- وللدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية نوعان هما:
- ١- دفاع شرعي خاص ويعرف في كتب الفقه بـ « دفع الصائل » .
- ٢- دفاع شرعي عام ويعرف بـ « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » وهو ما سنوضحه فيما يلي :

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي الخاص « دفع الصائل »

١- تعريفه:

الدفاع الشرعي الخاص هو ما أصطلح الفقهاء على تسميته بدفع الصائل ويقصد به « واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء » .

وذلك بقصد دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بذليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدي على إعتدائه « (٢١٠) ، وتسمى المعتدى صائلاً والمعتدى عليه مصولاً عليه .

٢- دفع الصائل في القرآن والسنة :

ويستدل الفقهاء على مشروعية دفع الصائل بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وأتقوا الله وأعلموا أن الله مع المتقين ﴾ البقرة ١٩٤ وما رواه سعيد بن زيد عن رسول الله ﷺ أنه قال « من قُتل دون دينه فهو شهيد ومن قُتل دون دمه فهو شهيد ومن قُتل دون ماله فهو شهيد ومن قُتل دون

يتاح لهم الأفعال المحرمة بأنونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع » (٢٠٤) .

وقد ذهب البعض إلى أن الدفاع الشرعي حالة من حالات الضرورة حيث يرى أن الضرورة بمعناها الأعم الشامل تتضمن كل ما يستوجب التخفيف على الناس وهي حالات كثيرة أهمها أربع عشرة حالة هي ضرورة الغذاء « الجوع أو العطش » والدواء والإكراه والنسيان والجهل والعسر أو المخرج وعموم البلوى والسفر والمرض والنقص الطبيعي ، وتشمل حالة العسر أو المخرج الدفاع الشرعي وإستحسان الضرورة أو الحاجة والمصلحة المرسلة لضرورة أو حاجة والعرف وسد الذرائع والظفر بالحق ، وإذا وجدت حالة ضرورة من هذه الحالات أبيح المحظور أو جاز ترك الواجب « (٢٠٥) ، ويرى هذا الرأي أن « الضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتمين عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشارع » (٢٠٦) .

وواضح من التعريف السابق للضرورة أنه خرج عن تعريفات السلف لحالة الضرورة والتي قصرتها على حالة ضرورة الغذاء وحالة الإكراه « الإضطراب إما بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة أو بفقر لا يجد فيه غيره » (٢٠٧) ، وواضح أن أصحاب هذا الرأي خلطوا بين أسباب الإباحة وبين موانع المسؤولية وموانع العقوبة وجعلوها كلها شيئاً واحداً تحت مسمى حالات الضرورة .

والصحيح هو إعتبار الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة (٢٠٨) ، ونجيب التفرقة بين حالة الدفاع الشرعي وبين حالة الضرورة الملجئة .. فعالة الضرورة المدنية الملجئة تعفى من العقاب إلى من المسؤولية الجنائية ولكنها لا تعفى من المسؤولية « الضمان » وفي ذلك بقوي الجزدوى « إن أثر الضرورة يظهر في إسقاط الإثم

١ - حالة الدفاع الشرعى عن النفس :

إذا تعرض الإنسان لهجوم بقصد الاعتداء على نفسه أو عضو من أعضائه سواء كان الهجوم من إنسان آخر أو من بهيمة . . يرى الأحناف والراجح عند الشافعية والمالكية أن الدفاع الشرعى هنا واجب على المعتدى عليه (٢١١) . . بينما الراجح عند الحنابلة والمروءة عند المالكية والشافعية أن الدفاع هنا جائز وليس واجباً (٢١٢) .

وفرق بعض الشافعية فقالوا يجب دفع الصائل الكافر أو البهيمة ويجوز دفع الصائل المسلم بل يسن الإستسلام له (٢١٣) .

وفرق بعض الحنابلة بين حالة الفتنة وغيرها فجمعوا الدفاع جائزاً مطلقاً فى حالة الفتنة وواجباً مطلقاً فى غير حالة الفتنة (٢١٤) . وهو نفس ماذهب إليه بعض المالكية والشافعية (٢١٥) .

٢ - حالة الدفاع عن العرض ..

إذا تعرضت امرأة لإعتداء إنسان يريد إغتصابها . إتفق الفقهاء على أن الدفاع الشرعى هنا واجب على المرأة وعليها أن تدافع عن نفسها إن أمكنها ذلك وإن لم تستطع دفعه بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك . . ولها قتل الرجل المكره ولو قتلته كان دمه هدراً . . وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الإعتداء على امرأة أن يدفعه ولو بالقتل إن أمكنه ذلك ولم يخف على نفسه لأن الأغراض حرمات الله فى الأرض لا سبيل إلى إباحتها بأي حال سواء عرض الرجل أو عرض غيره (٢١٦) .

روى أحمد من حديث الزهرى بسنده عن عبيد بن عمير « أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل ، فرأوا امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر : والله لا يؤزى أبداً » وإذا جاز الدفاع عن المال الذى يجوز بذله وإباحتها فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها وصياتتها عن الفاحشة التى لا يتاح بحال أصلاً : أولى (٢١٧) .

أهله فهو شهيد » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وصححه الترمذى ، وما رواه أبو هريرة أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟ قال : فلا تعطه قال فإن قاتلتني ؟ قال : فاقتله قال : أرأيت إن قتلني ؟ قال : فأنت شهيد ، قال : أرأيت أن تقتله ؟ قال فهو فى النار « مسلم » ، وما رواه أبو هريرة أن النبى ﷺ قال « من أطلع فى بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفتقروا عينه » أحمد « وفى رواية « فلا دية ولا قصاص » أحمد والنسائى ، ويحدث لعلى بن أمية قال « كان لى أجبر فقاتل إنساناً فعرض أحدهما صاحبه قاتنتز أصعبه فأهدر - أى أزال - نتيته فسقط فانطلق إلى النبى ﷺ فأهدر نتيته وقال : أيدع يده فى فيك تنضمها كما يقضم الفحل ؟ » رواه الجماعة إلا الترمذى « وفى رواية « قال النبى ﷺ « بعض أحدكم كما بعض الفحل لا دية لك » رواه الجماعة ما عدا أبداً داود » ، أما عن جواز الدفاع عن الغير فمن قول رسول الله ﷺ « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، قيل : كيف أنصره ظالماً ؟ قال : تحجزه عن الظلم فإن ذلك نصره » البخارى والترمذى وأحمد « وقوله ﷺ « من أذل عنده مؤمن فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة » أحمد » .

٣ - دفع الصائل واجب أم حق ؟

إتفق الفقهاء على أن أفعال الدفاع مباحة حيث لا مسئولية على المدافع لا جنائياً ولا مدنياً إلا لو تجاوز حدود الدفاع المشروع على النحو الذى ستفصله فيما بعد . .

ولكن هل الدفاع الشرعى هنا واجب على المدافع يأثم لو لم يقم به . . أم هو حق للمدافع له القيام به أو القعود عنه ؟ .

والجواب أن تكيف الدفاع الشرعى يختلف باختلاف المصلحة المهددة بالعدوان على النحو التالى :

٣- الدفاع عن المال :

- ١ - أن يكون هناك اعتداء أو عدوان .
- ٢ - أن يكون العدوان حالاً .
- ٣ - عدم إمكانية دفع الاعتداء بطريق آخر .
- ٤ - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

أولاً : أن يكون هناك اعتداء أو عدوان :-

الشرط الأول أن يكون هناك اعتداء من الصائل على الموصول عليه وإلا لم يجوز دفعه كما لو ضرب الوالد ابنه يؤذيه ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل « ويترتب على هذا الشرط أن كل فعل أوجبه الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداءً إذا باشره صاحب الحق فيه كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك » (٢٢٢) .

وليس للإعتداء حد مقرر فيصح أن يكون شديداً أو بسيطاً . وبساطة الإعتداء لا تمنع من الدفاع ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع العدوان بالقوة اللازمة لدفعه . .

ويصح أن يكون الإعتداء واقعاً على نفس الموصول عليه أو عرضه أو ماله كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله كما لو حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله » (٢٢٣) .

وليس من الضروري في رأي مالك والشافعي وأحمد أن يكون الإعتداء جريمة معاقباً عليها . . ويكفي أن يكون عملاً غير مشروع حتى لو كان الصائل غير مسئول جنائياً كالصبي والمجنون . . أما أبو حنيفة وأصحابه فيشترطون أن يكون الإعتداء مما يعتبر جريمة معاقباً عليها وأن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عنها وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة وخالف أبو يوسف فلم يشترط توافر مسئولية الصائل جنائياً . . . » (٢٢٤) .

« ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الإعتداء فعلاً فليس على الموصول عليه أن ينتظر حتى يتبدره الصائل بالاعتداء بل للموصول عليه أن ينتظر حتى

» أجمع جمهور الفقهاء على أن الدفاع عن المال جائز للمعتدى عليه وليس واجباً . فله أن يدفع الصائل إن شاء وله ألا يدفعه والفرق بين المال والنفس أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة » (٢٢٥)

« وقال بعض المالكية لا يجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً . . . وقال بعض العلماء : إن المقاتلة عن المال واجبة . . . وفرق الشافعية بين أنواع الأموال فقالوا : لا يجب الدفاع عن مال لا روح فيه لأنه يجوز إباحته للغير أما ما فيه روح فيجب الدفع عنه إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه أو عرض لحرمة الروح . . حتى لو رأى أجنبى شخصاً يتلف حيوان نفسه إتلاقاً محرماً وجب عليه دفعه على الأصح وكذلك يجب عليه الدفع عن مال تعلق به حق الغير كرهن وإجارة » (٢٢٦) .

٤ - حالة الإطلاع على داخل البيت :

إذا إطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو نحو ذلك ذهب الشافعية والحنابلة بلا خلاف في مذهبيهما إلى أن لصاحب البيت أن ينهيه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به فإن لم يندفع إلا بفقاً عينه ففقاًها فلا مسئولية عليه . . » (٢٢٧) . وقد ذهب إلى هذا أيضاً بعض الأحناف وبعض المالكية . . أما الراجح في المذهبين الأحناف والمالكية ذهب إلى أنه لا يحق للمدافع أن ينفذ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذن لم يستبح فقاً عينه فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى ألا يستباح به الفقاً ورأى الأحناف أن الحديث قصد به المبالغة في الأجر عن الإطلاع » (٢٢٨) .

٤ - شروط دفع الصائل :

هناك أربعة شروط لابد من توافرها لدفع الصائل حتى يمكن إعتبار المدافع في حالة دفاع شرعي هي :-

رابعاً: أن يدفع الإعتداء بالقوة اللازمة لدفعه -

يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الإعتداء - فإن زاد عن ذلك فهو إعتداء لا دفاع . . « فللمعتدى عليه أو لغيره أن يرد العدوان بالقدر الذي يكفى لدفع الإعتداء - حسب تقريره في غالب ظنه مبتدئاً بالأخف فالأخف إن أمكن فإن أمكن دفع المعتدى بكلام وإستغاثة بالناس حرم عليه الضرب وإن أمكن الدفع بالضرب باليد حرم إستخدام السوط وإن أمكن الدفع بالسوط حرم إستعمال العصا وإن أمكن الدفع بقطع عضو حرم القتل » (٢٢٢) .

« وليس للمدافع أن يقصد قتل الصائل أو جرحه إبتداءً - إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه » (٢٢٣) « وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد المصول عليه إلا سيفاً أو سكيناً فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك إستصحاب عصا » (٢٢٤) .

٥ - مسئولية المدافع -

« من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية لأن الفعل ليس جريمة ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية لأنه أتى فعلاً مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع . وأداء الواجبات وإستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية مسئولية ، أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية » (٢٢٥) .

ولكن عند أبهى حنيفة وأصحابه أن المدافع يكون مسئولاً مسئولية مدنية فقط إذا كان الصائل صبيّاً أو مجنوناً أو بهيمة فلا قصاص عليه وإنما عليه الدية عن الصبي والمجنون ويضمن قيمة الدابة لأنهم كما سبق إشتروا أن يكون العدوان جريمة معاقباً عليها والجريمة غير متصورة من البهيمة وغير معاقب عليها من الصبي والمجنون .

يتبدّر الصائل بالاعتداء ، بل للمصول عليه أن يبدّر الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيعتدى » (٢٢٥) « والرغبة في الإعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الإعتداء » (٢٢٦) .

ثانياً: أن يكون الإعتداء حالاً :

« لا يوجد المصول عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الإعتداء حالاً فإن لم يكن حالاً فعمل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما إعتداء لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الإعتداء في الفعل أو الظن فحلّول الإعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع ومن ثم لم يكن الإعتداء المؤجل محلاً للدفاع ولم يكن التهديد بالإعتداء محلاً للدفاع إذ ليس هناك خطر يحتّم منه الإنسان بالدفع العاجل وإذا إعتبر التهديد إعتداءً في ذاته فإنه يجب أن يدفع بما يناسبه والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد » (٢٢٧) .

ثالثاً: ألا يمكن دفع الإعتداء بطريق آخر:

« يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا يكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب إستعمالها فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الإعتداء فهو معتد فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والإستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله فإن فعل كان فعله جريمة (٢٢٨) وإذا استطاع المصول عليه أن يمتنع نفسه أو يمتنع بغيره دون إستعمال العنف فليس له أن يستعمله . » (٢٢٩) .

وهناك من رأى أن المصول عليه مكلف بأيسر ما يمكن لدفع الإعتداء ومن ثم أوجب عليه الهرب ما كان ذلك ممكناً ولكن رأى البعض أن الهروب لا يصلح للدفاع وأن المصول عليه غير ملزم بالهرب وعليه أن يثبت لدفاعه الصائل (٢٣٠) . . . وقرى بعض الفقهاء بين الهرب المشين والهروب غير المشين وألزموا المدافع بالهرب إذا لم يكن مشيناً ولم يلزمه بذلك في الحالة التي يكون فيها الهرب مشيناً . . . (٢٣١) .

إسترداده فإن لم يكن إلا القتل لإمكان إسترداد المأخوذ ، قتله . . . » (٢٣٩) .

٦ - حكم الخطأ في الدفاع الشرعي :-

« والأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها ولكنها إذا تعدت الصائل وأصاب غير خطأ فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأ وأصاب غيره فجره أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعدد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأ وأصاب شخصاً فالصيد في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ » (٢٤٠) .

٧ - دفع الصائل بالآلات والأسلحة :-

والدفاع « بنصب الحبالات والأسلاك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في المرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد وليس على صاحب المكان مسئولية لأنه من قبيل الدفاع ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ولكن مالكا يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعلمه إصابة الداخلين أو إهلاكهم أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه » (٢٤١) .

٨ - هل يكون للصائل حق الدفاع ضد المدافع :-

« يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدى الموصول الدفاع المشروع لأن عمل الموصول عليه يصبح حينذاك إعتداءً والدفاع يتولد عن الإعتداء أما إذا بقي فعل الموصول عليه في حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى أنه كان يدافع عن نفسه وإذا تجاوز الموصول عليه حد الدفاع أعتبر عمله إعتداءً وكان للصائل أن يدافع عن نفسه هذا الإعتداءً بأيسر ما يدفع به . . . » (٢٤٢) .

وخالف أبو يوسف الأحناف فاشتطرت أن يكون العدوان جريماً فحسب ولم يشترط أن تكون معاقباً عليها ولذلك ذهب إلى أن المدافع يكون مسئولاً مدنياً فقط عن قسمة الحيوان ولا تجب عليه دية في قتل الصبي أو المجنون » (٢٣٩) .

وأما إذا عض يد إنسان فانترعها منه فسقطت أسنانه فلا ضمان عليه أي لا يسأل مدنياً عند جمهور الفقهاء . . . ولكن الإمام مالكا أوجب الضمان في مثل ذلك » (٢٣٧) .

ولو أدخل شخص رأسه في دار آخر فرماه صاحب الدار بحجر ففقد عينه لا يضمن إجماعاً أي لا يسأل مدنياً » (٢٣٨) .

٦ - حكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي :

« إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقتضي الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضره فهو مسئول عن الضرب وإن كان يندفع بالضرب باليد فجره فهو مسئول عن الجرح وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فأتبعه المدافع وجرحه ثانية فهو مسئول عن الجرح الثاني وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة . . . وهكذا يسأل الموصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الإعتداء . »

وبين الإعتداء والدفاع إرتباط وثيق لأن الدفاع يتولد عن الإعتداء فإذا بدأ الإعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا إنتهى الإعتداء فقد إنتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر الموصول عليه مدافعاً إذا إنتهى الإعتداء . . . ولكن لا يعتبر الإعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال الموصول عليه فالمدافع أن يتبعه حتى يسترد منه ما أخذه وأن يستعمل معه القوة اللازمة في

المبحث الثالث

الدفاع الشرعى العام

« الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر »

١ - الدور الحضارى للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:-

« فى دولة الإسلام تجتمع الأمة المسلمة على عبادة الله سبحانه ، وتحكيم شريعته وطاعته وإلتزام أمره واجتناب نهيه وتسيير شئونها كلها وفق إرادته عز وجل بغدو من أول واجبات هذه الأمة أن تحافظ على هذا الوضع الذى يرضى الله عز وجل وأن تصد كل منحرف عن طريق الله تعالى حتى لا يتسع الانحراف ويزداد فيصير الناس إلى جاهلية جهلاء وتخرجوا عن منهج الله » (٢٤٣) « فقد يعلم المسلم حدود ما أنزل الله ومع هذا يقع فى المعصية إتباعاً لهواه .. وقد يكون جاهلاً شرع الله إما لأن تبليغ العلماء لم يصله أو أنه قصر فى تعلم ما يجب عليه تعلمه . فيقع فى المعصية ومخالفة الشرع بسبب جهله .. والمعصية فى الحالتين منكر إرتكب أو معروف هجر والمنكر إذا وقع وجبت إزالته والمعروف إذا هجر وجب الأمر به . وإزالة المنكر إذا ظهر فعله والأمر بالمعروف إذ هجر هو أساس وملاك ما يعرف فى الشريعة الإسلامية بنظام الحسبة » (٢٤٤) .

« وهذا الواجب العظيم هو واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهى الوظيفة الربانية التى جعلها الله لجماعة المسلمين بين أهل الأرض جميعاً فإن قامت به على الوجه الذى يرضى ربها حازت على شهادة الخيرية على كل الأمم وتأهلت بذلك لقيادة البشرية كلها فى طريق الإيمان » (٢٤٥) .

ومن حكمة هذا الواجب أيضاً « توقى العذاب واستنزال رحمة الله وبيان ذلك أن المعاصى سبب المصائب وما ينزل على الناس من عذاب التأديب أو الإنتقام أو الإستئصال وبهذا جرت سنة الله تعالى قال تعالى « وما

أصابكم من مصيبة فيما كسبت أيديكم ويعفر عن كثير .. » وإذا كان الكفر والفسوق والعصيان سبباً للمصائب والهلاك فقد يذنب الرجل أو الطائفة ويسكت الآخرون فلا يأمر ولا ينهون فيكون ذلك من ذنوبهم فتصيبهم المصائب وفى الحديث الشريف « إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك الله أن يعصمهم بعذاب منه » وكما أن المعصية سبب المصيبة والعذاب فإن الطاعة سبب النعمة والرخاء ورضوان الله تعالى وبذلك جرت سنة الله تعالى . قال تعالى « ولئن شكرتم لأزيدنكم » وقال تعالى « فآتاهم الله ثواب الدنيا وحسن ثواب الآخرة » وقال تعالى « والذين هاجروا فى الله من بعد ما ظلموا لننبتنهم فى الدنيا حسنة ولأجر الآخرة أكبر لو كانوا يعملون الذين صبروا وعلى ربهم يتوكلون » (٤١ ، ٤٢) .

يقول الله تعالى فى بيان وظيفة هذه الأمة « الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ... » الحج ٤١ وقال مبيناً أن الإيمان والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هى مؤهلات الأمة التى تصلح لقيادة الناس فى الحياة « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » آل عمران ١١٠ فهذا المنصب العظيم لا يوصل إليه بمجرد الإدعاء ولا بالموارثة ولا بمجرد الترقى فى علوم المادة وإنما الإيمان بالله عز وجل واستمرار المعارف وتلقى المناهج والأحكام منه سبحانه ثم الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ... » (٢٤٧) .

٢ - ماهية المعروف والمنكر:-

فى اللغة « المعروف إسم لكل خير والمنكر إسم لكل أمر قبيح » (٢٤٨) « فالمعروف إسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع .. والمنكر ضد المعروف وهو كل ما قبحه الشرع وكرهه فهو منكر » (٢٤٩) .

يستطع فيقلبه وذلك أضعف الإيمان » • مسلم والترمذى وأبو داود وابن ماجه وأحمد • ومنها ما ورد عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : أيها الناس إنكم تقرؤون هذه الآية : ﴿ يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا إهتديتم ﴾ وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعضمهم الله بعقاب منه • « الترمذى وصححه » • • وحديث « أفضل الجهاد كلمة عدل عند سلطان جائر » • « أبو داود والترمذى ، وفى رواية « كلمة حق عند سلطان جائر » • « رياض الصالحين » وحديث سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » • « الترمذى والحاكم » •

٤ - ماهية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-

« الأمر بالمعروف هو الترغيب فيما ينهى عمله أو قوله طبقاً للشرعة والنهي عن المنكر هو الترغيب فى ترك ما ينهى تركه أو تفسير ما ينهى تركه طبقاً للشرعة الإسلامية » (٢٥١) .

« والأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً كالدعوة إلى التبصر للمنكوبين أو الإتيان فى سلك المجاهدين وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالتبصر ببلغ من المال أو الإلتصام إلى المجاهدين وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والإتيان فى سلك المجاهدين أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلاً ...

والنهي عن المنكر قد يكون قولاً محضاً كالنهي عن شرب الخمر وقد يكون عملاً محضاً كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها وإذا كان النهي عن المنكر قولاً فهو النهي عن المنكر وإذا كان عملاً فهو تغيير المنكر » (٢٥٢) .

وعلى ذلك فإن الميزان الصحيح والضابط فى تمييز الخير من الشر والحسن من القبيح والمعروف من المنكر لا يكون إلا بالرجوع إلى أحكام الله لتحدد لنا المعروف والمنكر وتميز بين الخير والشر والحق والباطل وليس لابن آدم عندما يقطع صلته بربه من مصادر المعرفة سوى الظن والحرص ومن دوافع السلوك سوى الهوى ولن تكون أحكامه ومناهجه واتجاهاته سوى ثمرات لهذا الظن وهذا الهوى فالله تعالى وحده المنزه عن كل نقص والمتصف بصفات الجلال والكمال .. وهو وحده الذى يجب على البشر أن يرجعوا إليه ليصرفهم على القيم الرفيعة والأخلاق السليمة والشرائع الحكيمة لأنه وحده القادر على أن يدلهم على الخير وأن يعرفهم بالشر .

وبما سبق كان المعروف هو كل ما أمر الله به رسوله وأن المنكر كل ما نهى عنه الله ورسوله » (٢٥٠) .

٣ - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فى القرآن والسنة :-

تواترت آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ بالحث على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتحذير من تركه والتهاون فيه ومن ذلك قوله ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم ﴾ التوبة : ٧١ وقوله تعالى ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ آل عمران ١٠٤ وقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ المائدة ٢ وقوله تعالى ﴿ لهن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ماكانوا يفعلون ﴾ المائدة ٧٨، ٧٩ .

ومن ذلك حديث رسول الله ﷺ « من رأى منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم

٥ - حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-

أجمع علماء الإسلام في كل المصنوع على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٢٥٣) ولكن اختلفوا هل هو فرض كفاية أم فرض عين على كل مسلم . .

فذهب جمهور العلماء إلى أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض من فروض الكفاية على جماعة المسلمين وليس فرضاً عينياً على كل مسلم (٢٥٤) بمعنى أنه واجب حتم على كل مسلم ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره (٢٥٥) .

وذهب بعض العلماء إلى أنه فرض عين على كل مسلم على قدر استطاعته « فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرضان على كل أحد على قدر استطاعته باليد فمن لم يستطع فبلسانه فمن لم يقدر فبقلبه وذلك أضعف الإيمان وليس وراء ذلك من الإيمان من شيء » (٢٥٦) . ولكل فريق أدلته كما في كتب الفقه .

٦ - على من يجب الدفاع الشرعي العام ؟ :-

« يرى الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » ... ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهي لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ... » (٢٥٧) .

ومع ذلك فجميعهم يشترطون فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر عدة شروط هي (٢٥٨) :-

١ - أن يكون مكلفاً .. أي يكون مدركاً مختاراً لأن غير المكلف لا يلزمه أمر ولا يجب عليه تكليف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجباً على المكلف لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهي بإعتبارهما قرابة من القربات لأن غير المكلف أهل للقربات وله أن يأتي القربات ولو أنها لا تجب عليه ولا يجوز منعه من إتيانها (٢٥٩) .

٢ - أن يكون مسلماً ... فالمسلم وحده هو الذي يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم به هذه الواجبات ... فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يعتقد ما يعتقد المسلم ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام وهذا الإكراه في الدين الذي تحرمه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى « لا إكراه في الدين » فمن أجل حماية حرمة العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

٣ - القدرة .. أي يكون قادراً على الأمر والنهي وتغيير المنكر فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أي عليه أن يكره المعاصي وينكرها ويقاطع فاعليها ... وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسي وحده بل يلحق به خوف الأمر والنهي من أن يصيبه مكروه أو أن يؤدي نهى الناهي إلى منكر شر من المنكر الذي نهى عنه ففى هذين الحالتين يسقط الواجب أيضاً ..

فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ..

ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدي إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهي عن المنكر ..

وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر ففى درجته فهو بالخير إن شاء منع ونهى عنه وإن شاء تركه بحسب ما يؤدي إليه إجتهاده أما إذا علم أن إزالة المنكر سيؤدي إلى ما هو أشد منه فقد سقط عنه الواجب بل حرم عليه النهي ..

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يغيث ولكن لم يخف مكروهاً فلا يجب عليه الأمر والنهي لعدم فائدتها

٧ - من هم المأمورون بالمعروف والنهي عن المنكر؟ -

« الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يكون في مواجهة كل إنسان ببشر أي فعل ممنوع وإن لم يكن معصية يحاسب عليها دينه وعلى هذا لا يشترط أي فعل ممنوع وإن لم يكن معصية يحاسب عليها دينه وعلى هذا لا يشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً فالمجنون إذا زنا وجب الإحتساب معه وكذلك الصبي المميز إذا شرب الخمر أو هم بشربه أنكر عليه وحيل بهنه وبين شربها وإن كان فعل هذا الصبي لا يعتبر معصية يحاسب عليها دينه .. وعلى ذلك .

١ - تجرى الحسبة على الأقارب والأباعد على حد سواء لأن الحسبة أمر معروف ونهى عن المنكر والكل أمام هذا الفرض سواء ولكن الفقهاء قالوا : احتساب الابن على والده يكون بيمين الحكم الشرعي والموعظة الحسنة والتخويف من الله ولا يتعدى إلى الوسائل الأخرى كالكلام الغليظ والضرب رعاية لحق الأبوة والأمومة دون تفريط بواجب الإحتساب .

٢ - ويجرى الإحتساب على غير المسلم المقيم في دار الإسلام ذمياً كان أو مستأثماً لأننا وإن أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا أن هذا الترك لهم لا يعني تركهم يخرقون نظام الإسلام ويتعاطون ما يناقضه علاقياً ..

٣ - ويجرى الإحتساب على السلطان - المحاكم - ونوابه وسائر ذوي الإمرة والولاية كما يجري على أحاد الناس ...

٤ - وتجري الحسبة على القضاة فقد قال الفقهاء « وينبغي على المحتسب أن يتردد على مجالس القضاة والحكام ويعنهم من الجلوس في الجامع والمسجد للحكم بين الناس وأنه متى رأى المحتسب القاضي قد إستشاط على رجل غضباً أو شتمه أو

ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين ..

ومن إستطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر فلا يجب عليه إبطال المنكر ولكن يستحب له أن يبطله ...

ويلحق بالمعجز الحسي المعجز العلمي فالعالم لا يجب عليه الأمر والنهي إلا في الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهاء ولو سمح له بالتحوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه .

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالمعجز وما يلحق به أن يكون المعجز وما في حكمه معلوماً علماً محققاً بل يكفي فيه الظن الغالب ... أما إذا شك فيه من غير رجحان فإن الشك لا يسقط الوجوب ..

٤ - العدالة ... يشترط بعض الفقهاء العدالة فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر إذ لا يصح أن يكون ذلك من فاسق .

ولكن الرأي الراجح لدى الفقهاء أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ..

٥ - إذن الإمام .. يشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم في ذلك ..

ولكن جمهور الفقهاء على خلاف هذا الرأي ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخصي أو هيئة وبرون أن تخصص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها لأن الآيات والأخبار التي وردت تدل على أن كل من رأى منكراً فسكت عليه فقد عصى فيجب التنبه عن المنكر على كل من رآه ولا يختص ذلك بالتفويض من الإمام (١٢٠) .

وتحريم التحسس والتفتيش يترتب على أنه لا ينبغي لإنسان مثلاً أن يسترق السمع على دار غيره لسمع صوت الغناء والأوتار ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش ... الخ .

ولكن إن غلب على الظن إستمرار شخص بالمعاصي لأمارات دلت على ذلك أو تحسّر بغلب على الظن صدقه .. فيجوز في مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش حذراً من فوات ما لا يستدرك منه إنتهاك المحارم وإرتكاب المحظورات .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ولكن إذا غي إلى علمه عن طريق شخصين - أو شخص واحد في رأى وجود معصية في البيت أو إذا ظهرت المعصية ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكاري جاز له دخول المسكن دون إذن (٢٩٢) .

٤ - دفع المنكر بأيسر ما يدفع به يشترط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام المدافع قادراً على دفعه بالأكثر ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة .. ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن المدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه ... (٢٩٣) .

٩ - وسائل دفع المنكر -
« فصل الإمام الغزالي (٢٩٤) وسائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وجعلها ثمانى درجات يحسن تلخيصها على النحو التالي :

١ - درجة التعرف :-
وهو طلب المعرفة بجرمان المنكر وقد علمت أن مصدر التعرف لا يجوز أن يكون التجسس وإنما الجائز وصول

إحده عليه في كلامه ردعه عن ذلك ووعظه وخوفه بالله عز وجل فإن القاضي لا يجوز أن يحكم وهو غضبان ولا يقول هجراً ولا يكون نقلاً غليظاً » .

٥ - ويجزى الإحتساب على جميع أصحاب المهن والحرف والصنائع المختلفة لأن للإسلام حكمة فيهم وفيما يباشرونه ... (٢٩١) .

٨ - شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-
« ليس بالأمر بالمعروف شروط خاصة ولا أوقاتاً خاصة لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم وكل ذلك جائز في كل وقت وفي كل مناسبة ..

أما النهي عن المنكر وتفسيره فله شروطه الخاصة التي يجب أن تتوافر لجواز النهي أو التغيير وهي :

١ - وجود منكر ... يشترط لجواز النهي عن المنكر أو تغييره أن يكون هناك منكر والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل معذور الوقوع فيه شرعاً .. ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف - كما سبق بيانه - ولكن يشترط في المنكر أن يكون معلوماً دون حاجة لإجتهد فكل ماهر محل للاجتهد لا محل للنهي عنه أو تغييره ..

٢ - أن يكون المنكر موجوداً في الحال : بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير ... فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهي عن المنكر أو تغييره ..

وإذا كانت المعصية متروكة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس إستعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالاعتين والشتم والضرب فهو جريمة .

٣ - أن يكون المنكر ظاهراً دون تحسس أو تفتيش : فإذا توقف إظهار المنكر على التحسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ...

الخبر إليه من غير تحس : إما بأخبار عدول أو بالرواية أو بالسامع .

٢ - درجة التعريف :-

ذلك أن كثيراً من الذين يقدمون على فعل المنكر يفعلون ذلك عن جهل فينبغي أن يبدأ بهذه الدرجة فقد تكفى في إزالة المنكر ولا يحتاج إلى غيرها .

٣ - درجة الوعظ والنصح والتخويف بالله تعالى وصفاته وآياته وهذه لا تكون إلا مع من تعرف على المنكر فأصر عليه بعد أن عرف كونه منكراً .

٤ - درجة التعنيف بالقول الغليظ الحشن : وتكون بعد العجز عن درء المنكر بساقتها وبعد ظهور الإصرار على المنكر والإستهزاء بالوعظ والتعريف .

٥ - درجة التغير باليد : - ككسر محل المعصية أو إراقته أو خلع أو إرغام العاصي على ترك معصيته بالدفع أو الإخراج أو نحو ذلك .

٦ - درجة التهديد والتخويف بما يجوز التهديد به كقوله لأكرن رأسك أو لأضرين رقبتك أو لأمرن بك وما أشبه ذلك .

٧ - مباشرة الضرب باليد والرجل وغير ذلك مما ليس فيه شهر سلاح وهي جائزة للأفراد بشرط الضرورة والإقتصار على قدر الحاجة في الدفع فإذا اندفع المنكر فلا يجوز الإستمرار فيه .

٨ - أن يصجز الشخص عن تغيير المنكر بمفرده وإنما يحتاج للتغيير إلى الأعوان يشهرون السلاح .. وقد وقع الخلاف في جواز هذه الدرجة للأفراد من غير إذن الإمام بين مبيح لذلك وبين من يحظر ذلك على الأفراد ... » (٢٦٥) .

يجوز استعمال هذه الوسائل في حق الكافة عدا الوالدين والزوج والمساكن ... » فليس للولد على الوالدين إلا التعريف والنهي بالوعظ والنصح وليس له

أن يعتفهما أو يضربهما ولكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يس شخصيهما كأن يريق خمرهما أو يرد ما يجد في بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه .

وأما الزوجة فتحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبيه .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية إلا التعريف والنهي بالوعظ والنصح » (٢٦٦) .

« وإذا عجز المسلم عن الإنكار بإحدى الدرجات السابقة كان عليه أن ينكر المنكر بقلبه .. وأن يصاحب ذلك مقاطعة أهل المنكر واجتنب مجالسهم التي يقترون فيها الإثم » (٢٦٧) .

١٠ - تجاوز حدود الدفاع الشرعي العام :-

الأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة مادام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر .

« ولكن إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل فإن عثف فاعل منكر فقتله فهو مسئول عن القذف لأنه لا يدخل في التعنيف وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فاضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح وهكذا مع كل تجاوز » (٢٦٨) .

١١ - حكم الغلط في الدفاع الشرعي العام :

« وإذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى غير الفاعل وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره بالتعمد لا غيره به .. لأنه تعدد فعل مباح والقاعدة أن من تعدد فعلاً مباحاً في فعل يسأل عن نتيجة الخطأ بإعتباره مخطئاً لا عامداً ... » (٢٦٩) .

١٢ - هل يحق لفاعل المنكر الدفاع عن نفسه ؟-

« ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله إعتداءً وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الإعتداء » (٢٧٠) .

نتائج الدراسة :

نستطيع بعد استعراضنا لمفهوم الجريمة وأسباب الإباحة ثم للدفاع الشرعي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية أن نخلص بعد المقارنة إلى عدة نتائج نلخصها كالآتي :-

١ - الجريمة :

بخصوص تعريف الجريمة تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية من حيث أنها محظورات زجر الشارع عنها يعقوبة .. ولكن يلاحظ أن دائرة التجريم في الإسلام أوسع منها في القانون الوضعي لأن الإسلام ينظم كل علاقات الإنسان بربه ونفسه وبمجتمعه بشكل يسمو نحو الكمال والرفعة .. أما القانون الوضعي فهو ينشر غاية نفعية أو علمية هي بقاء المجتمع فهو أحياناً يقر الواقع الذي ارتضاه المجتمع ويتفاضى عن المثل العليق التي يحرص عليها الإسلام .

٢ - مبدأ مشروعية الجريمة والعقاب :

تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » وإن كانت القوانين الوضعية لم تعرف هذا المبدأ الذي سبقت إليه الشريعة منذ ثلاثة عشر قرناً إلا في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي مع الثورة الفرنسية ...

٣ - أسباب الإباحة :

كما تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في إيرادهما لأسباب الإباحة من حيث التكييف القانوني لهذه الأسباب بأنها إستعمال لحق أو أداء لواجب .. ولكن الشريعة عرفت هذه الأسباب من عصر النبوة بينما لم تعرفها القوانين الوضعية سوى في القرن التاسع عشر .

٤ - الدفاع الشرعي الخاص .. دفع الصائل *

أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي الخاص تحت مسمى « دفع الصائل » على أنه واجب يجب القيام به في بعض الحالات وعلى أنه حق يجوز القيام به في حالات أخرى - على نحو ما فصلنا في البحث .

وهو ما ذهب إليه القانون الوضعي حيث يرى أن الدفاع الشرعي إستعمال لحق أباحه القانون وهناك من يراه أداء لواجب فرضه القانون ..

٥ - الدفاع ضد غير المسؤولين جنائياً .. وضد الحيوان *

يرى القانون الوضعي جواز إستعمال الدفاع الشرعي ضد الطفل والمجنون وهو ما ذهب إليه أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية .

أما الدفاع ضد عدوان الحيوان فذهب بعض شراح القوانين الوضعية إلى تكييفه كحالة دفاع شرعي موافقين في ذلك ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنبلة .. ومنهم من كیفها كحالة من حالات الضرورة وهو ما قال به فقهاء الحنفية .

٦ - شروط وحكم الدفاع الشرعي :

وشروط الدفاع الشرعي في الشريعة هي نفس الشروط التي قالت بها القوانين الوضعية خاصة في القانون المصري .. وحكم الدفاع الشرعي واحد في الشريعة والقانون حيث يجعل الفعل مباحاً ولا يرتب على المدافع مسئولية جنائية أو مدنية .

٧ - الدفاع بالوسائل الآلية :

جوز شراح القانون الوضعي الدفاع الشرعي بالوسائل الآلية والمحاللات والأشراك والفخاخ بشرط أن يكون الأذى المتولد عنها متناسباً مع فعل الإعتداء وإلا كان من يستخدما متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي ...

وفي الشريعة الإسلامية أجاز ذلك الأحناف والشافعية والحنبلة بدون شرط .. أما الإمام مالك فيرى مسئولية الفاعل إن كان يقصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم .. وعدم مسئوليته إن كان ما قام به بقصد سد حاجات المسكن أو الآلات .

٨ - الدفاع بالهروب :

إختلف فقهاء الشريعة فى اعتبار الهرب من وسائل الدفاع الشرعى ففرق من الفقهاء اعتبره كذلك وأوجب على المدافع الهرب مما أمكن ذلك لدفع الصائل .. وفريق آخر رأى أن الهرب لا يصلح كوسيلة من وسائل الدفاع ولا يلزم المدافع بالهرب .. وفريق ثالث أزموا المدافع بالهرب إذا لم يكن مشيناً أما لو كان مشيناً فجعلاه غير لازم .

وفى القانون الوضعى إختلف الشراح على نفس التورية ولم يخرجوا عن الآراء السابقة التى قال بها فقهاء الشريعة ..

٩ - تجاوز الدفاع الشرعى -

فى الشريعة الإسلامية المدافع مستول عن كل تجاوز لحدود الدفاع الشرعى أى عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء ..

وفى القانون الوضعى يفرق فى حالة التجاوز بين ما لو كان عمدياً أو غير عمدى فلو كان التجاوز عمدياً ويسوء نية يسأل المدافع مسئولية عمدية كاملة .. أما لو كان التجاوز غير عمدى ومصحوباً بحسن نية يسأل المدافع مسئولية غير عمدية ..

أما لو كان التجاوز ناتجاً عن الإضطراب وعصبية المرقف فلا يسأل المدافع هنا .. ونحن نرى عدم وجود تجاوز هنا .

١٠ - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر -

سبقت الشريعة الإسلامية بقرون طويلة فى تشريعها لفريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كدفاع شرعى عام وهو أمر لم تعرفه القوانين الوضعية إلا مع القرن التاسع عشر حيث بدأت تقر للأفراد حق النقد والتوجيه والدفاع عن الأشخاص المعنوية والأموال العامة .. وحتى اليوم لازالت القوانين الوضعية قاصرة فى أخذها لهذا المبدأ حيث تقصره على حالات معينة .

المراجع

- ١- د. أحمد عبد العزيز الألفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - مكتبة النصر - الزقازيق سنة ١٩٩٠ ص ٣٩ .
- ٢- د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٩١ - ص ٤٢ .
- ٣- د. محصور محمد مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام ، دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٩٦ - ص ٣٣ .
- ٤- د. محصور نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٨٩ - ص ٤٠ .
- ٥- د. أحمد عبد العزيز الألفى - مرجع سابق - ص ٤٠ .
- ٦- د. حسين حبيب - الوجيز فى علم الإجرام وعلم العقاب - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٩١ ص ١٢ .
- ٨- نفس المرجع ، ص ١٤ .
- ٩- نفس المرجع ، ص ١٥ .
- ١٠- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .
- ١١- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤١ .
- ١٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .
- ١٣- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .
- ١٤- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .
- ١٥- د. محصور محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .
- ١٦- د. وصفي بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية سنة ١٩٧١ ص ٣٩٣ .
- ١٧- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .
- ١٨- د. محصور مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .
- ١٩- د. وصفي بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ ، نجيب حسنى مرجع سابق ، ص ٤٨ .
- ٢٠- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .
- ٢١- نفس المرجع ، ص ٤٣ .
- ٢٢- د. وهبة الزحلى ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٥ ، ص ٢٩ ، ٣٠ .
- ٢٣- د. هشام محمد فريد رستم ، قانون العقوبات ، القسم العام ج ٢ بدون ناشر ، ١٩٩٣ ، ص ٣ .
- ٢٤- د. وصفي بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .
- ٢٥- نفس المرجع ، ص ٣٣٧ .
- ٢٦- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٤ .
- ٢٧- د. يسر أنور ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، القاهرة سنة ١٩٨٢ ، ص ٥٧ .
- ٢٨- د. محصور نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٥١ . د. السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف ، القاهرة سنة ١٩٦٢ ، ص ١٦٦ ، د. وصفي بهنام ص ٣٤٠ .
- ٢٩- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٤ - ٧ .

- ٣- د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام دار الفكر العربي ، القاهرة سنة ١٩٧٩ ، ص ١٦٩ .
- ٣١- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٧ - ٨ .
- ٣٢- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ .
- ٣٣- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٧٠ .
- ٣٤- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .
- ٣٥- د. يسر أنور ، الفلاح الشرعي ، دراسة لبدأ التشريعية ، مقال بالمجلة الجزائرية العدد الثاني يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٢٥ .
- ٣٦- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥١ ، ١٥٢ ، د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٢٤١ .
- ٣٧- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ص ١٥٦ .
- ٣٨- المرجع نفسه ص ١٥٦ .
- ٣٩- د. جلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات منشأة المعارف ، الإسكندرية بحدوث تاريخ ، ص ٢٤٣ .
- ٤٠- د. علي راشد ، القانون الجنائي .. المدخل وأصول النظرية مكتبة واحة ، القاهرة سنة ١٩٧٠ ص ٥٣٩ .
- ٤١- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .
- ٤٢- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .
- ٤٣- د. نجيب حسني ، المرجع السابق ص ١٥٦ ، أحمد عبد العزيز الألفي المرجع السابق ص ١٦٦ .
- ٤٤- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .
- ٤٥- المرجع نفسه ، ص ١٦٣ .
- ٤٦- د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .
- ٤٧- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ .
- ٤٨- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ص ١٥٤ ، د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات - القسم العام سنة ١٩٨٧ ، ص ١٣٣ ، وأحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ص ١٦٤
- ٤٩- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ هامش
- ٥٠- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ - ١٥٧
- ٥١- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ١٦٤ .
- ٥٢- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ١٦٤ .
- ٥٣- د. رؤوف عبيد ، مبادئ ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٤٩٨ ، د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٥٧ ، د. هشام رستم ، المرجع السابق ص ١٨٠ .
- ٥٤- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ص ١٦٩ ، د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ ، د. جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ، د. محمود إبراهيم إسماعيل ، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، القاهرة سنة ١٩٥٩ ، ص ٤٣٩ .
- ٥٥- د. عبد الفلاح خضير ، النظام الجنائي ج٢ ، السعودية معهد الإدارة العامة سنة ١٩٨٢ ، ص ١٨٨ .
- ٥٦- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ .
- ٥٧- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .
- ٥٨- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ ، د. رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٩ .
- ٥٩- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ٢٧ - ٢٨ .
- ٦٠- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .
- ٦١- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .
- ٦٢- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٧٤ .
- ٦٣- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .
- ٦٤- د. محمود مصطفى المرجع السابق ، ص ١٥٥ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٤ ، د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ ، د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام سنة ١٩٨٦ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، د. مأمون سلامة ، المرجع السابق ص ١٨٨ .
- ٦٥- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ص ١٧٣ - ١٧٤ .
- ٦٦- د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .
- ٦٧- د. هشام رستم ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ - ١٠٤ راجع هامش ص ١٠٣ .
- ٦٨- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٣ ، د. هشام رستم ، ص ١٠٤ .
- ٦٩- د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ .
- ٧٠- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، المرجع السابق ص ٢٠٤ .
- ٧١- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٣ .
- ٧٢- د. عمر السعيد رمضان ، ص ٤٩٢ .
- ٧٣- د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ ، د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢١٧ راجع هامش نفس الصفحة ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٤ - ٢ .
- ٧٤- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٠٤ بالهامش .
- ٧٥- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٣ .
- ٧٦- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ، د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٤ .
- ٧٧- د. علي راشد ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٠٤ .
- ٧٨- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٠٨ .
- ٧٩- المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ، د. محمود نجيب حسني ص ١٨٥ الهامش .
- ٨٠- د. محمود نجيب حسني ، ص ١٨٥ الهامش .
- ٨١- نفس المرجع ص ١٨٤ - ١٨٩ .
- ٨٢- نفس المرجع ص ٢١٩ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي ص ٢٤٠ - ٢٤١ .
- ٨٣- نفس المرجع ص ٢٢٠ .
- ٨٤- د. عمر السعيد رمضان ص ٥١٨ - ٥١٩ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٠ ، د. مأمون سلامة مرجع سابق ، ص ٢٢٩ .
- ٨٥- د. السعيد مصطفى السعيد ، مرجع سابق ص ٢٢٢ .
- ٨٥- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٢٠ - ٢٢١ ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ٥١٩ - ٥٢٠ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٠ .

- ١١٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩١ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٤ .
- ١١٦- نفسه ص ١٩٢ .
- ١١٧- د. هشام رستم ، ص ١٢١ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٢ ، د. السيد مصطفى السيد ، ص ٢١٣ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٦ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٩ .
- ١١٨- د. السيد مصطفى السيد ، ص ٢١٥ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٢ - ١٩٣ .
- ١١٩- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٣ .
- ١٢٠- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢١٩ ، د. السيد مصطفى ، ص ٢١٨ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٢٤٤ .
- ١٢١- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٤ - ١٩٥ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٢ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٤٩ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٦ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢١٩ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢١٧ .
- ١٢٢- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢١٧ ، د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٠ بالهامش .
- ١٢٣- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٥ .
- ١٢٤- د. هشام رستم ، ص ١٢٧ - ١٢٨ .
- ١٢٥- د. محمود إبراهيم إسماعيل ، مرجع سابق ، ص ٤٦٩ ، د. محمد مصطفى القلى ، فى الشئون الجنائية ، القاهرة ١٩٤٨ ، ص ٣١٧ .
- ١٢٦- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٦ ، د. السيد مصطفى ، ص ٢٠٩ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٢٢ ، د. على راشد ، ص ٥٢٧ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٣٨٩ .
- ١٢٧- نفسه ص ١٩٧ - ١٩٨ .
- ١٢٨- نفسه ص ١٩٩ .
- ١٢٩- د. هشام رستم ، ص ١٢٥ .
- ١٣٠- د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢١٩ - ٢٢٠ .
- ١٣١- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٤ - ٥٠٥ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٥ .
- ١٣٢- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩٩ - ٢٠١ .
- ١٣٣- نفسه ص ٢٠١ - ٢٠٣ .
- ١٣٤- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٣ - ٥٠٤ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٥ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٠٤ .
- د. محمد مصطفى القلى ، ص ٢٤٦ ، د. نزيهة عبد الستار ، ص ٢٠٧ .
- ١٣٥- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .
- ١٣٦- د. هشام رستم ، ص ١٤٨ .
- ١٣٧- نفسه ، ص ١٥١ - ١٥٢ .
- ١٣٨- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٦ .
- ١٣٩- نفسه ، ص ٢٠٤ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٤٠ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٥٨ ، د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٧ .
- د. هشام رستم ، ص ١٥٤ ، د. أحمد عبد العزيز ، ص ٢٢٢ .
- ١٤٠- د. هشام رستم ، ص ١٥٦ - ١٥٨ .
- ٨٦- د. عمر السيد رمضان ، ص ٢٢٠ - ٢٢١ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى ، ص ٢٢٨ - ٢٤٠ ، د. السيد مصطفى السيد - ص ٢٢٤ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٥٤ .
- ٨٧- د. عمر السيد رمضان ، ص ٢٢٧ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى - ص ٢٤١ .
- ٨٨- د. أحمد عبد العزيز الألفى - ص ٢٤١ .
- ٨٩- نفس المرجع ص ٢٤٢ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢٧ .
- ٩٠- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢٧ ، د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٢٣ .
- ٩١- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٢٣ .
- ٩٢- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢٧ .
- ٩٣- نفسه ص ٢٢٧ ، د. فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ .
- ٩٤- نفسه ص ٢٢٨ .
- ٩٥- نفسه ص ٢٢٨ .
- ٩٦- نفسه ص ٢٢٩ ، د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٢٣ - ٥٢٤ ، د. أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٢٤ .
- ٩٧- د. هشام رستم ، ص ١٩١ - ١٩٢ .
- ٩٨- د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٢١ ، د. السيد مصطفى السيد ، ص ٢٢٧ .
- ٩٩- نفسه ص ٢٢٠ ، د. السيد رمضان ، ص ٥٢٤ .
- ١٠٠- نفسه ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .
- ١٠١- نفسه ص ١٨٩ .
- ١٠٢- نفسه ص ١٨٩ .
- ١٠٣- د. عمر السيد رمضان ، ص ٢٩٥ - ٢٩٦ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٢ ، د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٧ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٣٩ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٢٨٧ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢١٧ .
- ١٠٤- د. عمر السيد رمضان ، ص ٤٩٦ بالهامش .
- ١٠٥- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٧ .
- ١٠٦- د. عمر السيد رمضان ، ص ١٩٦ ، د. محمود محمود مصطفى ، ص ٢٢٤ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٣٩ .
- ١٠٧- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٨ .
- ١٠٨- د. هشام رستم ، ص ١١١ - ١١٢ .
- ١٠٩- نفسه ص ١١١ - ١١٢ بالهامش .
- ١١٠- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٨٩ ، د. محمود مصطفى ، ص ٢٢٥ ، د. السيد مصطفى السيد ، ص ٢١٣ ، د. على راشد ، ص ٥٢٣ ، د. رؤوف عبيد مرجع سابق ، ص ٥٢٧ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٥ .
- ١١١- د. هشام رستم ، ص ١١٦ .
- ١١٢- نفسه ص ١١٦ بالهامش .
- ١١٣- نفسه ص ١١٩ - ١٢٠ .
- ١١٤- د. محمود نجيب حسنى ، ص ١٩١ ، السيد مصطفى السيد ، ص ٢١٣ ، د. رمسيس بهنام ، ص ٣٨٠ ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢٤٠ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٧ .

١٧٤- د. عوزي محمد ، قانون العقوبات ، القسم العام ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ١٧٧ .

١٧٥- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢١٤ .

١٧٦- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٣ .

١٧٧- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥١٤ .

١٧٨- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢١٤ - ٢١٥ .

١٧٩- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٣ .

١٨٠- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٥ - ٢١٦ ، د. منصور نعيم فرحات ، النظرية العامة لمبدأ تجاوز حدود النطاق الشرعي ، القاهرة ١٩٨١ ، ص ٥٤ .

١٨١- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

١٨٢- د. هشام رستم ، ص ١٨٢ ، د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٦ .

١٨٣- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٧ .

١٨٤- نفسه ص ٢١٧ - ٢١٨ ، د. السيد مصطفى السعيد ، ص ٢٣٠ ، د. منصور مصطفى ، ص ٢٥٠ .

١٨٥- د. منصور مصطفى اللقي ، ص ٣٤١ .

١٨٦- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٨ .

١٨٧- د. علي راشد ، ص ٥٤٤ ، د. مأمون سلامة ، ص ٢٠٦ .

١٨٨- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٨ .

١٨٩- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥١٧ .

١٩٠- د. هشام رستم ، ص ١٨٧ .

١٩١- نفسه ، ص ١٨٧ ، د. السيد مصطفى السعيد ، ص ٢٣١ .

١٩٢- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٢٩ ، د. منصور منصور مصطفى ، ص ٢٥٧ .

١٩٣- د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط ٤ ١٩٨٥ ، ص ١٣ - ١٤ .

١٩٤- الإمام الشافعي ، المرافقات ، ج ٢ ص ٣٧ .

١٩٥- د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

١٩٦- عبد القادر عودة - التشريع المجاني الإسلامي مؤسسة الرسالة ، بيروت ط ٨ سنة ١٩٨٦ ج ١ ، ص ١٦٥ .

١٩٧- د. وهبة الزحيلي ، الوسيط في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ط ١ ، ص ٣٦ .

١٩٨- الإمام الماوردي ، الأحكام السلطانية ، طبعة السعادة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ص ١٩٧ .

١٩٩- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٧٧ - ٦٨ .

٢٠٠- نفس المرجع - هامش ص ١٢٨ .

٢٠١- د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة ، مرجع سابق ص ٣٧ .

٢٠٢- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

٢٠٣- نفس المرجع ، ص ٤٦٧ .

٢٠٤- نفس المرجع ، ص ٤٦٩ .

٢٠٥- د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ٧٣ - ٧٤ .

٢٠٦- نفس المرجع المرجع ، ص ٦٧ - ٦٨ .

١٤١- د. محمود نجيب حسني ، ص ٢٠٥ ، د. أحمد نفعي سرور ، ص ٢٥٨ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ٢٢٢ ، د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٧ .

١٤٢- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٨ .

١٤٣- د. هشام رستم ، ص ١٥٨ - ١٥٩ .

١٤٤- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٣ .

١٤٥- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٨ ، د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٦ .

١٤٦- د. هشام رستم ، ص ١٦٧ .

١٤٧- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٦ - ٢٠٧ ، انظر هامش ص ٢٠٧ .

١٤٨- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥٠٩ .

١٤٩- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٧ .

١٥٠- د. هشام رستم ، ص ١٦٤ - ١٦٥ .

١٥١- نفسه ص ١٦٥ .

١٥٢- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٧ .

١٥٣- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥١٠ .

١٥٤- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

١٥٥- د. السيد مصطفى السعيد ، ص ٢٢٠ ، د. منصور مصطفى التلقلي ، ص ٢٣٨ ، د. علي راشد ، ص ٥٤٠ ، د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٩ .

١٥٦- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٨ .

١٥٧- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، د. منصور مصطفى ، ص ٢٤٥ ، أحمد نفعي سرور ، ص ٢٦٧ .

١٥٨- د. هشام رستم ، ص ١٦٩ - ١٧٠ ، راجع أحكام النقص الصادرة بموجب ١٩٦٧/٥٨ ، ١٩٦٧/١٢/١٨ ، ١٩٧٧/١٢/٢٨ ، ١٩٥٧/١/٢٨ ، ١٩٥٧/٩/١١ ، ١٩٦٣/٦/٢٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ في هذا الخصوص .

١٥٩- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٢٩ .

١٦٠- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١١ .

١٦١- د. هشام رستم ، ص ١٧٢ - ١٧٣ .

١٦٢- د. علي راشد ، ص ٥٧٦ .

١٦٣- د. عمر السيد رمضان ، ص ٥١٢ .

١٦٤- د. هشام رستم ، ص ١٧٣ .

١٦٥- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١١ ، د. السيد مصطفى السعيد ، ص ٢٢٤ ، منصور مصطفى ، ص ٢٣٨ ، د. منصور نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات ، القاهرة ١٩٨٨ ، ص ٣٠٣ .

١٦٦- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٠ .

١٦٧- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٢ .

١٦٨- نفسه ص ٢١٢ - ٢١٣ ، د. فوزية عبد الستار ، ص ١٩٧ .

١٦٩- نفسه ص ٢١٣ .

١٧٠- د. هشام رستم ، ص ١٧٨ .

١٧١- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣١ - ٢٣٢ .

١٧٢- د. منصور نجيب حسني ، ص ٢١٣ - ٢١٤ ، فوزية عبد الستار ، ص ١٩٩ .

١٧٣- د. أحمد عبد العزيز الألفي ، ص ٢٣٣ .

- ٢٠٧- أبو بكر بن عبد الله و ابن الصريه أحكام التفرق . طبعة السادة .
الطبعة الأولى ج ١ ص ٥٥
- ٢٠٨- عبد القادر عودة . المرجع السابق . ص ٤٧٢ .
- ٢٠٩- د. وهبه الزحيلي . المرجع السابق . ص ١٥٣ .
- ٢١٠- عبد القادر عودة . المرجع السابق . ص ٤٧٣ .
- ٢١١- ابن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار . المطبعة الأميرية .
مصر ج ٤ . ص ٤٨١ . شباب الدين أحمد بن حجر الهيتمي . تحفة
المحتاج بشرح الفتاوى ج ١٩١٩ . ص ١٤٢/٤ . ابن الخطاب . صواب
الجليل شرح مختصر خليل . مطبعة السادة . الطبعة ١ ٣٢٣/٦ .
- ٢١٢- محمد عبد الله بن قدامة . المغنى على مختصر الخرقي . طبعة الفار .
الطبعة الأولى ٣٥٠/١٠ .
- ٢١٣- د. وهبه الزحيلي . المرجع السابق . ص ١٤٦ .
- ٢١٤- شرف الدين موسى الجباري . الإفتاء . المطبعة المصرية . الطبعة
الأولى ٢٩٠/٤ .
- ٢١٥- ابن العباس أحمد الرملي . حاشية الرملي . المطبعة الميمنية . الطبعة
الأولى ١٩٨/٤ . مطبوع على هامش كتاب أسنى المطالب للأصاري
- ٢١٦- د. وهبه الزحيلي . المرجع السابق . ص ١٤٩ - ١٥٠ . عبد القادر
عودة . ص ٤٧٤ .
- ٢١٧- المغنى لابن قدامة . المرجع السابق ٣٣١/٨ .
- ٢١٨- عبد القادر عودة . المرجع السابق ٤٧٥/١ . د. الزحيلي ص ١٥٢
- ٢١٩- د. وهبه الزحيلي . المرجع السابق . ص ١٥٢ . حاشية ابن عابدين
٣٨٨/٥ . أسنى المطالب ١٦٨/٤ .
- ٢٢٠- المغنى لابن قدامة ٢٥٥/١٠ . أبو إسحاق الشيرازي . المهذب .
مطبعة الحلبي . الطبعة الأولى ٢٤٢/٢ .
- ٢٢١- حاشية ابن عابدين ٤٨٦/٥ .
- ٢٢٢- عبد القادر عودة . المرجع السابق ٤٧٩/١٠ .
- ٢٢٣- أسنى المطالب للأصاري . المرجع السابق ١٦٧/٤ .
- ٢٢٤- عبد القادر عودة . المرجع السابق ٤٧٩/١٠ . ٤٨٠ .
- ٢٢٥- نفس المرجع ٤٨١/١ .
- ٢٢٦- نفس المرجع ٤٨٢/١ .
- ٢٢٧- نفس المرجع ٤٨٢/١ .
- ٢٢٨- أسنى المطالب للأصاري ١٦٧ . حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٥ .
- ٢٢٩- الإسماعيل الشافعي . الأثر . مطبعة بولاق . الطبعة الأولى ٣٧/٦ .
أسنى المطالب ١٦٧/٢ .
- ٢٣٠- المغنى لابن قدامة ٣٥٣/١٠ .
- ٢٣١- تحفة المحتاج لابن حجر ١٢٦/٤ .
- ٢٣٢- د. وهبه الزحيلي . المرجع السابق ص ١٤٢ .
- ٢٣٣- شرح الزرقاني على مختصر خليل . طبعة محمد أفندي مصطفى
١١٨/٨ . وعلى هامش حاشية النجاشي .
- ٢٣٤- أسنى المطالب ١٦٧/٤ .
- ٢٣٥- عبد القادر عودة ٤٨٨/١ - ٤٨٩ .
- ٢٣٦- المغنى لابن قدامة ٣٣٩/٨ . المهذب للشيرازي ١٢٥/٢ . نيسل
الأرطاسر للشوكاني . طبعة بولاق ٣٢٩/٥ .
- ٢٣٧- المغنى لابن قدامة ٣٣/٨ .
- ٢٣٨- د. وهبه الزحيلي ص ١٥١ .
- ٢٣٩- عبد القادر عودة ٤٨٦/١ - ٤٨٧ . حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥
- ٢٤٠- عبد القادر عودة ٤٨٧/١ .
- ٢٤١- عبيد القادر عودة ٤٨٧/١ - ٤٨٨ . حاشية ابن عابدين
٢٤٤/٥ . المغنى لابن قدامة ٥٧١/٩ . صوابه الجليل
٢٤١/٦ .
- ٢٤٢- عبد القادر عودة ٤٨٨/١ .
- ٢٤٣- د. محمد نعيم ياسين . إحياء مبادئه وآسابه . مكتبة الزهراء .
القاهرة . ١٩٩٠ . ص ١٣٥ .
- ٢٤٤- د. عبد الكريم زيدان . أصول الدعوة . دار عشرين الخطاطب .
الأسكندرية . ط ١٩٧٦ . ص ١٦٤ .
- ٢٤٥- سيد قطب . في ظلال القرآن . دار إحياء التراث العربي بيروت .
الطبعة الخامسة . ١٩٦٧ . المجلد الثاني . ص ٢٧ - ٣٣ .
- ٢٤٦- د. عبد الكريم زيدان . المرجع السابق . ص ١٦٧ .
- ٢٤٧- سيد قطب . المرجع السابق . ج ٢ . ص ٣٢ . ٣٣ .
- ٢٤٨- المصباح المنير . القاهرة . المطبعة الأميرية . الطبعة الخامسة . ١٩٥٦ .
مادني عرف وتكر .
- ٢٤٩- لسان العرب لابن منظور . دار لسان العرب . بيروت . مادني عرف
وتكر .
- ٢٥٠- سيد قطب المرجع السابق . ج ٢ . ص ٣٣ .
- ٢٥١- ابن تيمية . الحسبة . مطبعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة . ص ١٠٣
- ٢٥٢- الفخر الرازي . مفاتيح الضيق . ج ٣ . ص ٢٠ .
- ٢٥٣- عبد القادر عودة . المرجع السابق . ج ١ ص ٤٩٢ - ٤٩٣ .
- ٢٥٤- الإمام التتوي . شرح صحيح مسلم . المطبعة المصرية . ج ٢ ص ٢٢
الإمام ابن حزم . الفقه في الملل والأفراء والنحل . طبعة محمد علي
صحيح . القاهرة ج ٥ ص ١١ . إمام الحرمين الجويني . الإرشاد في قواطع
الأدلة . ص ٣٦٨ . الشيخ نصر السمرقندي . بستان العارفين . مطبعة
الحلبي ص ٥٢ .
- ٢٥٥- إحياء علوم الدين للقرطبي . مطبعة دار الشعب القاهرة المجلد الثاني
ص ١١٧٨ . شرح التتوي لصحيح مسلم ٢٣/٢ . الحسبة لابن تيمية
ص ٦٣ .
- ٢٥٥- الفخر الرازي ١٩/٣ .
- ٢٥٦- الإمام ابن حزم . المحلى . المكتب التجاري للطباعة . بيروت ج ١
ص ٣٢ .
- ٢٥٧- عبد القادر عودة . المرجع السابق ٤٩٤/١ - ٤٩٥ .
- ٢٥٨- نفس المرجع ٤٩٦/١ - ٥٠١ .
- ٢٥٩- إحياء علوم الدين ١٢٠٠/٢ . وما بعدها .
- ٢٦٠- نفس المرجع ١٢٠/٢ . شرح التتوي لصحيح مسلم ٢٣/٢ .
- ٢٦١- د. عبد الكريم زيدان . المرجع السابق . ص ١٧٦ - ١٧٨ .
- ٢٦٢- الأحكام السلطانية ج ٢٨٨ . إحياء علوم الدين ١٢١٥/٤ .
أسنى المطالب ١٨٠/٤ .
- ٢٦٣- عبيد القادر عودة . المرجع السابق . ج ٢ ص ٥٠١ - ٥٠٥ .
ينصرف يسير .
- ٢٦٤- إحياء علوم الدين ١٢٢٥/٢ وما بعدها .
- ٢٦٥- د. محمد نعيم ياسين - المرجع السابق . ص ١٦٥ - ١٦٩ . عبد
القادر عودة ٥٠٥/١ - ٥٠٨ .
- ٢٦٦- عبد القادر عودة . المرجع السابق ٥٠٩/١ - ٥١٠ .
- ٢٦٧- د. محمد نعيم ياسين . المرجع السابق . ص ١٦٦ .
- ٢٦٨- عبد القادر عودة . المرجع السابق ج ١ ص ٥١٠ - ٥١١ .

**إختلاف شكل
الجبس الاحتياطي
بإختلاف شكل النظام
السياسي الحاكم**

**الأستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح
المحاضر بالنقض**

الإجراء أسوأ استغلال من أجل قهر المحكومين والتسلط عليهم ترسيخاً لشخصية الفرد المطلق وتقديساً لشخصية الحاكم المستبد وتأليهاً له فبادر هؤلاء الحكام المستبدون إلى تجريد الحبس الاحتياطي من الضمانات بقدر الإمكان لفرض إرادتهم على المحكومين بالإرهاب والتخويف بأن جعلوا من إجراء أو رخصة الحبس الاحتياطي وسيلة للتأديب أو الجزاء العاجل .

إزاء ما تقدم فقد صار للحبس الاحتياطي في تاريخ الجماعة الإنسانية ماضى أسود بعد ما أسى استعماله لأشجع مدى في كثير من الدول وخاصة في الدول التي تسود فيها الأنظمة الشمولية المستخلقة عن نظريات ونظم الحكم العتيقة التي سادت المجتمعات العبودية وصارت سبباً ووصمة عار في تاريخ الحضارة الإنسانية على مدى تطورها التاريخي مع الزمن خلال الأجيال السابقة والمستقبلية .

ويمكن القول أنه في النظم البوليسية أو الديكتاتورية الشمولية التي تتمحور فيها حرية الفرد وتهدر فيها الحريات العامة سواء بشكل سافر أو بشكل مقنع تسيطر السلطة التنفيذية وتتحكم إلى حد تختلط فيه مقومات السلطة الحاكمة بمقومات الدولة ونفاجاً بأنه استناداً إلى هذا الإجراء يتم إيداع الأبرياء السجنون والبطش بالخصوم السياسيين خلال فترة التحقيق الذي يمتد على هوى السلطة وحسبما يحلو لها دون مبررات أو دواع من القانون وبعيداً عن دائرة المشروعية تحت شعار كاذب أو زعم زائف هو مصلحة التحقيق .

ومن الخلق بالذكر أن خطورة هذا الإجراء تكمن في أنه يصدم التهم صدمة عنيفة في تصوره وقيمه ومقوماته كإنسان ويلحق به الشبهة ويؤذيه أشد الأذى في شخصه ومصالحه ويمسه في شرفه وسمعته عند أهل وطنه وعشيرته ، سيما إذا كانت دواعي الحبس الاحتياطي غير متحققة ، من أجل هذا تلجأ إليه الدول الشمولية كنوع من التأديب الفوري أو العقوبة المقتعة الفورية أو الجزاء المعجل .

من المقرر في كافة الشرائع السماوية والسماتير والقوانين التي تحترم حقوق الإنسان أن الأصل في الإنسان البراءة وإعمالاً لهذا المبدأ ظهرت القاعدة القانونية القائلة بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ويتمخض عن ذلك ضرورة احترام حق المتهم في الحرية إلى أن يدان نهائياً من خلال محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي . ولما كان في هذا المبدأ العادل تركيز للعادلة المثلى وترسيخ لقواعد القانون الطبيعي فقد حرصت كافة المنظمات الدولية السياسية والقانونية والمهتمة بحقوق الإنسان على رعاية المبدأ المذكور وتبنيه ، ووصلت في هذا المضمار إلى حد تجنيدها نفسها وتكريس جهودها للعمل من أجل حمايته وترسيخه فضمته صراحة مواثيقها ومناهجها علاوة على ذلك نشطت من أجل إبرام المعاهدات والمواثيق بين الدول لاقراءه والتزام العمل به وقد أفرز تكشف تلك الجهود الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وافقت عليه وتعهدت بالالتزام بنصه وروحه دول العالم قاطبة في معاملة رعاياها ومن بينها مصر والذي نصت المادة ١١ منه على حق المواطن في دولته في ألا يحاكم إلا أمام قاضيه الطبيعي ومن خلال محاكمة عادلة تتوافر فيها له كافة الضمانات .

ومن الجدير بالذكر أن الحبس الاحتياطي يعتبر من الإجراءات الخطيرة التي تكشف بوضوح عن مدى التناقض بين ضرورة احترام حرية الفرد وبين سلطة الدولة في العقاب وتقديرها من جانب الفقه الجنائي لخطورة الحبس الاحتياطي على حرية الفرد وحقه في الحياة فإن أعلام الفقه والقانون يعتبرونه إجراءً مكروهاً وغير مستحب ، لما فيه من مساس بحرية المتهم وشرفه وسمعته واعتباره في جميع الأحوال ، وخطورة ذلك على الكيان العام للجماعة .

ومن الجدير بالإشارة أن خطورة الحبس الاحتياطي كإجراء يمثل قيداً ثقيلًا على حرية المتهم تتوقف مشروعيته على مدى الضمانات التي يحيط بها القانون ومن هنا فكر الحكام المستبدون في استغلال هذا

فيه الحريات وتقيده فيه حقوق الانسان المكفولة بموجب الاعلان العالمى لحقوق الانسان فى الوقت المستقر فيه على أن إعلان حالة الطوارئ فى مصر تم بشكل غير دستورى .

ومن المعلوم للكافة أن سلطة الطوارئ فى مصر ظلت تقامس الحبس الاحتياطى فى شكل الحبس المطلق الذى فرضته على معارضيهها وخصومها السياسيين كصورة من صور الاعتقال البوليسى الذى مورس استثناءً من قاعدة المشروعية بعيداً عن طبيعة الحبس الاحتياطى الأصلية ، وبعيداً عن الفرض من قانون الطوارئ ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ نفسه وظل الحال على هذا المنوال إلى أن صدر فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٠ قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٧ سنة ١٩٨٠ بإنهاء حالة الطوارئ .

ومن دواعى القلق المبالغ أن تبين فيما بعد أن إلغاء حالة الطوارئ لم يكن سوى قناع زائف أو ساتر براق يخفى وراءه اتجاهاً خطيراً لفرض المزيد من القيود على الحريات العامة وممارسة حقوق الإنسان فى مصر وقد بلغ هذا الاتجاهاً ذروته وأفضحت عنه بوضوح السلطة الحاكمة فى مصر عندما أصدرت القانون ٩٥ لسنة ٨٠ تحت اسم براق هو حماية القيم من العيب وذلك بالاتفاق مع مجلس الشعب المصرى الذى صار من فرط مشايعته للسلطة التنفيذية أن تحول من واقع ممارساته المحسوسة عليه إلى مجرد جهة إدارية تخضع لهيئة السلطة التنفيذية وتؤمّر بأمرها أو مجرد جهاز يقوم دون تروى بترجمة رغبات الحاكم أو السلطة التنفيذية إلى قوانين وتشريعات ولو كانت مخالفة للدستور أو حقوق الإنسان أو مناقية لإرادة الأمة كما هو الحال بالنسبة للقوانين الاستثنائية والسيئة السمعة التى أجمعت إرادة الأمة بأسرها على استنكارها والتصدى لها ولكن مجلس الشعب تحدى إرادة الأمة وأصدر القوانين المذكورة رغم مخالفتها للدستور ومخالفاتها لحقوق الانسان لمجرد أن السيد رئيس الجمهورية أصر على إصدارها .

وفى هذا الصدد يعتبر قانون الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالحبس الاحتياطى حجر الزاوية ومن القوانين المؤثرة على الحريات العامة والمتأثرة بهذه الفلسفة لهذا يتعرض القانون المذكور لأزمات عنيفة كلما تعرضت الحريات العامة فى الدولة لمحنة ، فإذا تزعزت سلطة الحاكم فى النظم الشمولية أو اختلت الهيمنة الدكتاتورية فى هذا النوع من الدول المستبد وجدا سيادة القانون المستند إلى مبدأ المشروعية تضلح ويوشك مبدأ المشروعية أو القانون العادل أن يختفى وتستخدم السلطة الحاكمة أو الحاكم الظالم المستبد الحبس الاحتياطى كوسيلة من وسائل القمع أو أسلوب من أساليب الإرهاب والتخويف سيما بعد أن تعدد السلطة إلى إطالة مدته شهوراً عن طريق الضغط على النيابة العامة وتوجيهها بمالها عليها من سلطان بحكم كونها تابعة للسلطة التنفيذية تبعية مطلقة ، لهذا تقوم النظم البوليسية بضبط القانون بدلاً من أن يضبطها القانون فتعمل على تشكيل وترتيب نظامها الجنائى والإجرائى حسبما يحلو لها بالنسبة للحبس الاحتياطى فتراها تجرده من ضمانات مشروعيته حتى يصبح الحبس الاحتياطى أداة فى يد السلطة لمصادرة الحريات وإهدار الحقوق الشخصية والعامة بدلاً من أن يكون أداة لتنظيم الحريات والحقوق الشخصية والعامة كما هو الحال فى النظم الديموقراطية التى تستخدمه بحرص فى إطار طبيعته الأصلية كمنظم للحرية الشخصية وموظف لها حتى لا تنحرف عن طبيعته الأصلية والفرض من توظيفه .

وغنى عن البيان أن هذا البحث المائل يستغرق بنا إلى إماسة اللثام أو إشاحة الستار عما يجرى عليه العمل فى مصر فى هذا المجال فى ظل متغيرات حالة الطوارئ فى البلاد .

فمن المعلوم أنه منذ إعلان حالة الطوارئ فى مصر بموجب القرار الجمهورى ٢٣٣٧ سنة ١٩٦٧ الصادر فى ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ والبلاد تعيش فى جو عصيب تقهر

وباستقراء القانون المذكور أو مطالعة نصوصه سيما المادة السابعة منه التي نقلت اختصاص قاضى التحقيق وسلطانه فى التحقيق والحبس الاحتياطى إلى النيابة العامة بعد أن كانت هذه السلطات محرومة على النيابة العامة ضمناً للحريات العامة يتضح فى جلاء بما لا يدع مجالاً للشك عدم مشروعيه القانون المذكور ومخالفته للدستور وذلك من حيث أنه يهدر كل مقومات الحريات العامة فى الدستور ويلغى كافة الضمانات المكفولة للأفراد فى قانون الاجراءات الجنائية ومن ثم يمكن القول بأن قمة الدكتاتورية والشمولية أن تكون جميع اجراءات القبض والضبط والاتهام والتحقيق والحبس فى يد واحدة تتبع السلطة التنفيذية وتؤمر بأمرها بعد أن تسلب السلطة القضائية ممثلة فى قاضى التحقيق اختصاصاتها فى هذا المجال الماس بالحريات وأبسط حقوق الانسان وكيانه لهذا يجب انتهاز الفرصة لظعن بعدم دستورية القانون المذكور وإلا صارت مصر فى هذا المجال من الدول المستبدة وأصبح نظام الحكم فيها شمولياً رغم شعارات سيادة القانون الزائفة التى يرفعها الحاكم لأن السيادة تكون للقانون العادل والمطابق للدستور وليس للقانون المخالف للدستور وحقوق الإنسان أو المخالف لمبدأ المشروعية .

وإنطلاقاً من هذا المفهوم يعتبر القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ علاوة على القوانين الاستثنائية الأخرى المقيدة للحريات فى مصر التى بدأت تأخذ شكل إعصار جامع أو موجة عاتية عصفت بالبلاد ، يعتبر تقنياً ثانياً لحالة الطوارئ وبديلاً لها أشد سوءً وشاعة لم يسبق له مثيل يؤدى إلى إهدار حقوق الانسان فى مصر وفسخ الدستور وتعطيل مبدأ المشروعية ويظهر كل هذا جلياً من المعطيات والمضامين المنبثقة .

يبين من استقراء نص المادة ٤١ من الدستور أن قيود الحبس الاحتياطى التى وضعها المشرع الدستورى هى ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أو الدولة وفى هذا المجال يتفق رجال القانون على أن ضرورة التحقيق فى الدول الديمقراطية تكمن فى الخوف على الأدلة من العبث

ومن الخلق بالذكر أن كفاية النقابات والطوائف والهيئات ومن بينها جميع الهيئات ونقابة المحامين قد أعلنت استنكارها للقوانين المذكورة ومعارضتها لها لما تنطوى عليه من مساس بكافة الحريات الأساسية للشعب المصرى على نحو ينهى وجود الانسان المصرى وحرية فى التفكير والعيش الشريف ويتعارض مع القيم الأساسية لكافة المجتمعات المتحدينة التى تضمنتها أحكام الشرائع السوادية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية الفراء عقيدة هذه الأمة ، وأحكام الدستور والإعلان العالمى لحقوق الإنسان التى لا ينهى أو يتصور أن يصدر قانون مخالف لها أو متعارض معها ، وأن نقابة المحامين ترقب بقلق بالغ الانحاء لقرض المزيد من القيود على الحريات العامة وممارسة حقوق الإنسان فى مصر الذى بلغ ذروته بطرح تلك القوانين التى فاقت فى خطورتها أى تشريعات استثنائية ، ولقد كان من دواعى الأسى والغربة أن يصدر فى اليوم التالى لإنهاء حالة الطوارئ بديلاً قاسياً لحالة الطوارئ التى صار إلغائها فى ١٤ مايو سنة ١٩٨٠ إعتباراً من ١٥ مايو سنة ١٩٨٠ اليوم التالى هو قانون العيب ٩٥ لسنة ١٩٨٠ .

الأمر الذى يبين منه بوضوح لأى مدى كان إلغاء حالة الطوارئ صورياً ورغم ذلك لم تستطع السلطة فى مصر الاستغناء عن مناخ الطوارئ فسارعت فى يوم ٦ أكتوبر ١٩٨١ إعلان حالة الطوارئ ثانية مستغلة فى ذلك اغتيال الرئيس السادات والتى ظلت سارية حتى يومنا هذا تجدد بلا انقطاع وغنى عن البيان أن من أخطر التشريعات الاستثنائية المقيدة للحريات التى صدرت بعد إنهاء حالة الطوارئ مباشرة والتى لا محل لصدورها البتة لإنهاء حالة الطوارئ فى البلاد هو القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة وليس بخاف على أحد أن ذروة الخطورة فى هذا التشريع الغريب أنه يقن الاجراءات الاستثنائية حيث يحول الاستثناء إلى أصل ويفرض على المواطنين حالة طوارئ مديدة .

(ب) تجريد كافة المستويات الرئاسية النيابة العامة من سلطات الاشراف على التحقيق أو اصدار أية قرارات فيه سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة .

كما تنص المادة ٧٠ من قانون الإجراءات الجنائية على أن « لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي القيام بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق عند استجواب المتهم ، ويكون للمندوب في حدود نذبه كل السلطات التي لقاضي التحقيق » ويتضح من النص المذكور أمران :

١- أن ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع وحدهما هما مناط اختصاص قاضي التحقيق ودواعي إسناد التحقيق إليه وهما من النظام العام ومن ثم لا يجوز ابتداء تجريد قاضي التحقيق من اختصاصه أو سلطته وإسنادها إلى النيابة العامة دون موافقة به أو تعريض ذلك .

٢- أن اختصاص قاضي التحقيق باستجواب المتهم من الأمور التي تفرد بها وحده ولا يجوز بأي حال من الأحوال إسنادها إلى غيره أو التفريط فيها سواء بموافقة أو بتشريع وإلا صار التشريع الصادر بسلب قاضي التحقيق اختصاصاته في هذا الصدد وإسنادها إلى النيابة العامة غير دستوري لمخالفة حكم الدستور في هذا المجال لأن قانون الإجراءات الجنائية في هذا الصدد يعتبر مكملاً للدستور ويأخذ مرتبته بمجرد توافر الدواعي الواردة في المادة ٤١ من الدستور وهي ضرورة التحقيق وأمن المجتمع وغنى عن البيان أن انعقاد الاختصاص لقاضي التحقيق في ظل هذه الدواعي أمر من النظام العام الأساسي للمجتمع وهو المحور الرئيسي للدستور الذي لا يجوز للسلطة التشريعية أن تعبث به أو تفكر في المساس به وإلا أصبح عملها التشريعي الصادر بهذا المنحى غير دستوري ومتعيناً للغاؤه أمام المحكمة الدستورية العليا على

وكذلك الخوف على المتهم من الهروب فإذا لم تتحقق ضرورة التحقيق فلا يجوز التعرض للمتهم أو المساس بحريته إلى أن تتم ادانته من خلال محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي أما عن القيد الثاني الوارد على رخصة استخدام الحبس الاحتياطي وهو صيانة أمن الجماعة أو الدولة فهو في المفهوم الانساني صيانة العلاقات الاجتماعية بين الناس وحمايتها فإذا لم يتحقق ذلك بوضوح فلا يجوز حبس المتهم احتياطياً بأي حال من الأحوال أما في الأنظمة الديكتاتورية أو الدول الشمولية فإن ضرورة التحقيق تأخذ شكل العقوبة المقتنة المعجلة التي لا تنتظر حكم القضاء كما وأن صيانة أمن المجتمع أو الدولة تأخذ شكل أمن السلطة والحيلولة دون التعرض لها بالتدويع أو المعارضة .

وتنص المادة ٦٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه « متى أضيفت الدعوى إلى قاضي التحقيق كان مختصاً دون غيره بتحقيقها » ودلالة هذا النص واضحة على أن قاضي التحقيق هو الأكثر ضماناً والأكثر حيده والأكثر نزاهة وبعداً عن الشبهات أو التأثير الخارجى فلهما بلغ شأنه ومن ثم يفرد واضحاً في مجال اختصاص قاضي التحقيق بمباشرة التحقيق هو أن بعض أو الملاحظات قد تتطلب إبعاد النيابة العامة عنه ووضعه في يد قاضي التحقيق الذي تتوافر له ضمانات القاضي وحصانته كما إذا كان قد بدر من النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة موقف معين يكشف عن اتجاهها أو كانت ظروف التحقيق مربية تستدعى التأكد من عدم خضوع المحقق لمؤثر خارجي مهما كان شأنه .

ومن المجدبر بالإشارة أنه يشترط على كون قاضي التحقيق مختصاً دون غيره بالتحقيق أمران في غاية الأهمية هما :

(أ) أن يتمتع على كافة أعضاء النيابة العمومية من أدنى مستوياتها حتى النائب العام نفسه التدخل بأي صورة من الصور في القضية الجارية تحقيقها بمعرفة قاضي التحقيق .

عصر لويس الرابع عشر حتى وصل به الأمر أن قال « أنا الدولة » Je suis L'Etat .

وجدير بالإشارة أن المادة ٧١ من قانون السلطة القضائية قد استهلكت بعبارة « يؤدي القضاء قبل مباشرتهم » بينما المادة ١٢٠ من نفس القانون قد استهلكت بعبارة يؤدي أعضاء النيابة قبل اشتغالهم .

لا جدال في أن المفهوم في وضوح من واقع هذه الصياغة من جانب المشرع أن عبارة (مباشرتهم) تعنى أن القضاء سلطة وولاية بينما عبارة (اشتغالهم) تعنى أن النيابة وظيفة حكومية ذات طبيعة قضائية والفارق واسع وعميق بين الاصطلاحين من ناحية المفهوم والمداول القانوني الذي يتعكس أثره في انعدام كل الضمانات والحصانات التي يجب أن يتمتع بها المتهم خاصة مع ضرورة النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة خصصاً وحكماً في وقت واحد وتحولها إلى سلطة إدانة وليست سلطة اتهام .

وفي إطار المفهوم السابق نجد أن عضو النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة يفقد الشرعية القانونية من حيث أنه يجلس على كرسى القضاء يباشر اختصاصات قاضى التحقيق دون أن يحلف اليمين القانوني المنصوص عليها في المادة ٧٢ من قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ولا يستقيم في هذا المقام أن يكون قد حلف مبنياً أخرى مختلفة هي اليمين القانونية المشار إليه في المادة ١٢٠ من قانون السلطة القضائية لأن لهذا الأمر خطورته ومخاطره التي لا يدركها أو يقدرها سوى العاملين في حقل القانون وساحات القضاء .

ومن استقراء نص المادة ٧٢ من قانون الإجراءات الجنائية يتضح جلياً خطورة المغامرة التي قام بها المشرع المصري بإصداره القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

إذ تنص المادة المذكورة على أن « يكون لقاضى التحقيق ما للمحكمة من اختصاصات ويجوز الطعن

النحو الوارد في القانون ٤٨ لسنة ٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا .

ومن الجدير بالذكر أنه لكي نتيقن مدى خطورة هذا الوضع على الحريات العامة لابد من ادراك أن قاضى التحقيق بحكم كونه أحد أعضاء السلطة القضائية يتمتع بحصانات القضاء وضماناته من حيث أن السلطة القضائية سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية التي يرأسها رئيس الجمهورية بينما على العكس من ذلك كان رجال النيابة العامة جميعهم ومن بينهم رجال نيابة أمن الدولة تابعون لوزير العدل الذي هو أحد رجال السلطة التنفيذية ويؤمرون بأوامره ونجد ذلك ظاهراً بوضوح في المادتين ٧١ ، ١١٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ومعدلاته حيث نرى رجال القضاء يؤدون اليمين القانونية أمام دوائر محكمة النقض أو الاستئناف حسب مستوياتهم ولا يؤدون اليمين أمام رئيس الجمهورية أو وزير العدل بينما نرى رجال النيابة العامة ومن بينهم أعضاء نيابة أمن الدولة يؤدون اليمين القانونية أمام وزير العدل بحضور النائب العام ومن هذا المنطلق هم تابعون ولاتياً للسلطة التنفيذية تماماً يؤمرون بأوامرها ويتأثرون بتوجيهات وتعليمات وزير العدل بشكل ملحوظ في القضايا السياسية ويترتب على ذلك أن يفسدوا إسداد اختصاص قاضى التحقيق إلى النيابة العامة أو نيابة أمن الدولة من قبيل انقاص الضمانات العامة المكفولة للأفراد وإهدار الحريات لأنه إسداد لجهة تفتقد كافة الحصانة وتفتقر إلى مختلف الضمانات الاستقلالية عن السلطة التنفيذية التي تدور في فلكها تماماً وهو ما ينجم عنه أسر غاية في الخطورة هو ترك الحيل على الغارب للسلطة التنفيذية تهيمن على التحقيق وتؤلف التهم والقضايا وتخرج التحقيقات كما يحلو لها وهو ما تنعدم فيه المشروعية وتختل معه تماماً الشرعية الدستورية ويختل تبعاً له مبدأ الفصل بين السلطات أيضاً وتتحول الدولة إلى سلطة واحدة هي السلطة التنفيذية تماماً كما آل إليه حال الدولة في فرنسا في

قضائية تصدر عن قضاة محصنين ومحايدين وتسبب
تسبباً قانونياً كافياً ، ومن غير المفهوم أيضاً كيف
يتمكن المتهم من مباشرة حقه القانوني والدستوري في
الطعن على قرارات قاضي التحقيق التي صارت
تصدرها النيابة العامة في شكل قرارات مبتورة لكن
تحوز حجة الأحكام وقوتها وهو أمر في منتهى الخطورة
لأنه عودة إلى الوراء والتخلف وتصنع للنظام القضائي
وضياع لحقوق الإنسان .

من حصاد ما تقدم يستبين في جلاء أن للحبس
الإحتياطي طبيعة أصيلة خاصة معروفة ومتفق عليها
هي أنه أداة تنظيمية في مجال الحريات في الدول
الديموقراطية لكن هذه الطبيعة تتغير في الدول غير
الديموقراطية أو المستبدة التي تسودها النظم الشمولية
ليصبح الحبس الإحتياطي عقوبة فورية مقلعة أو جزاء
معجلاً في يد السلطة الحاكمة في هذا النوع من الدول
ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الحبس الإحتياطي في
مصر في ظل القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ قد أصبح
شراً مستطيراً يهدد الديموقراطية ويصفي المعارضة الحرة
الشرقية حيث ثبت تماماً من واقع الممارسة العملية ومن
واقع ملفات العديد من القضايا العامة والقضايا
السياسية في مصر أن السلطة بمختلف أجهزتها إثباتاً
لوجودها ومحافظة على استمرار هذا الوجود وازدهاره
وإنما له وإرضاء للحاكم تقوم بتفليق التهم والقضايا
للمواطنين وتعذيبهم لمجرد أنهم ينتمون إلى المعارضة أو
يقفون في صف الرأي الآخر ثم تلتقفهم نياية أمن الدولة
بالتحقيق والحبس .

الأمر الذي يحتاج إلى نظر وتدبر من كافة رجال
القانون والحريات وحقوق الإنسان والمخلصين من أبناء
مصر اللهم ما بليت اللهم فاشهد ولا حول
ولا قوة إلا بالله .

على الأحكام التي يصدرها » أي أن ما يصدر
عن قاضي التحقيق هو أحكام قضائية يطعن عليها كما
يطعن على الأحكام ومن ثم لا نفهم كيف يستقيم هذا
النص إذن مع إسناد هذه المهمة وهي إصدار أحكام إلى
عضو النيابة الذي افتقد الحيدة والصلابية بعد أن
أفصح رأيه في الادانة بتوجيه الاتهام إلى المتهم أثناء
التحقيق وبالتالي طبقاً لنص المادة ١٤٦ من قانون
المرافعات يتمتع عليه النظر في القضية بالجلوس في
منصة قاضي التحقيق .

ومن مراجعة نص المادة ٨١ من قانون الاجراءات
الجناائية نجد أن المشرع الجنائي المتبزم بالشرعية
الدستورية ينص على أن « للنيابة العامة وباقي الخصوم
أن يقدموا إلى قاضي التحقيق الدفوع والطلبات التي
يرون تقديمها كما نص المشرع في المادة ٧٢ من نفس
القانون المذكور » على أن يفصل قاضي التحقيق في
ظروف أربع وعشرين ساعة في الدفوع والطلبات المقدمة
إليه ويبين الأسباب التي يستند إليها ويعني هذا أن
قاضي التحقيق رقيب على النيابة ومراجع لأعمالها
تتعدد أمامه محاكمة وخصومة طرفيها النيابة العامة
والمتهم ولأنفسهم كيف يستقيم مع هذا إسناد سلطات
قاضي التحقيق إلى النيابة العامة اللهم إذا كان المراد
لها أن تصبح خصماً وحكماً في ذات الوقت لتقضي
على كل من يقع تحت يدها من معارض للسلطة الحاكمة
وفي هذا لا شك إهدار لكافة الضمانات والمبادئ
الأساسية المرجعية في المحاكمات في كل دول العالم
المتحضرة ومجانة للاعلان العالمي لحقوق الانسان .

ومن غير المفهوم أيضاً كيف يضع قانون كل
امكانيات القهر والقمع ومصادرة الحريات ويتركها
لأوامر غير مسببة وقرارات ليس لها أسباب من أعضاء
نيابة يسيطر عليهم طابع الاتهام دون طابع القضاء
المحايد والمستقل بعد أن كان الأمر مكفولاً بأحكام

الإِجْتِهَاد

فِي

الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الاستاذ / بدرت نوال محمد بدير

المحامى بالنقض

متروك التسمية ثم الإخبار عن هذا الأكل بأنه فسق
كقولك لولدك : لا تلعب ، وعاقبة اللعب الرسوب .

كما يصح أن تكون الواو للحال ، ويكون معنى الآية
حينئذ لا تأكلوا متروك التسمية بشرط كون الترك فسقاً
، وهو لا يكون فسقاً إلا إذا ذكر اسم آخر سوى اسم الله
تعالى ، إذ من المعلوم - عند أهل اللغة العربية - أن
الحال وصف لصاحبها قيد في عاملها .

هذا ومن الأدلة الظنية : القياس ، فليس هناك
إجماع على حججته ولو سلمنا أنه حجة فإن معرفة علة
الحكم - وهي أساس القياس - ليس مقطوعاً بها ، بل
ما تختلف فيها الأنظار إختلافاً كبيراً ، وقد يكون
الحكم في واقع الحال ليس معللاً .

من هذا التعريف للإجتهد نعلم أن القول في أحكام
الله تعالى من غير بذل الجهد والطاقة في الأدلة الشرعية
ليس اجتهداً ، بل هو اتباع للهوى إذا كان هذا إستجابة
لشهوة نفسه أو تقليداً إذا كان متبعاً لغيره وكذلك إذا
بذل الجهد والطاقة في دليل شرعي قطعي في ثبوته
ودلالته فخرج على الناس بحكم لا يفيد الدليل ، فهذا
يعتبر تحريفاً للكلم عن مواضعه ، ولا يكون هذا
اجتهداً - وإن بذل الجهد - بل هو تكلف وتضليل ،
كأولئك الذين يقولون بحل الربا إذا كان الاقتراض
للاستثمار وبحرمته إذا كان للإستهلاك ، فإن آيات
الربا قطعية في ثبوتها قطعية في دلالتها على حرمة ،
ولا أصرح وأقطع في هذا المعنى من قوله تعالى : ﴿ يا
أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربوا إن
كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فإذنوا بحرب من الله
ورسوله وإن تبتم فلكم أموالكم لا تظلمون ولا
تظلمون ﴾ .

ولا يقل شفاعة عن هؤلاء أولئك الذين أعملوا ذهنهم
في آية تحريم الخمر وخرجوا على الناس بأنه ليس فيها
ما يدل على التحريم ، وغاية ما فيها أنه أمر باجتنابها
ولم يقل في الآية حرمت عليكم الخمر ، وفاتهم أن

هو بذل الجهد والطاقة في فعل من الأفعال ، ولا
يستعمل هذا اللفظ إلا فيما فيه كلفة وجهد ، فيقال
اجتهد في حمل الأثقال إذا كانت ثقيلة .

وأما الإجتهد في عرف العلماء فهو بذل الجهد
والطاقة من الفقيه لمعرفة حكم الله من دليل ظني
والفقيه هو من عنده ملكة يستطيع بها أن يستنبط
الأحكام الشرعية - غير الاعتقادية - من الأدلة
التفصيلية ، ولا يعتبر فقيهاً - في نظر العلماء - من
حفظ الفروع الفقهية ولو بأدلتها ، لأن ما عنده من فقه
إنما هو ثمرة جهد غيره لا لجهد .

والدليل الظني قد يكون ظنياً في ثبوته عن صاحب
الشرح بأن يرجع في ذهن المجتهد أنه صادر من الشارع
، ولا يقطع بثبوته بل هناك احتمال مرجوح أنه لم يصدر
منه ، وذلك كالأحاديث التي نقلت إلينا آحاداً ، كقوله
ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » و « الجار أحق
بالشفعة » إلى آلاف من الأمثلة التي تذخر بها كتب
السنة .

وقد يكون الدليل الشرعي ظنياً في إفادته للحكم ،
وإن كان قطعياً في ثبوته عن الشارع كبعض آيات
القرآن الكريم ، كقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن
بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فهذه الآية قطعية في ثبوتها
ظنية في دلالتها ، فإن لفظ « قروء » جمع لقراء ،
والقراء في اللغة العربية يطلق على معنيين ، الحيض
والطهر ولا يمكن القطع بأن المراد لله واحد منها بعينه
، ومن هنا جاءت الظنية في دلالة الآية على المعنى
المراد لله تعالى .

ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه وإنه لفسق ﴾ فإن الآية أيضاً قطعية في ثبوتها
ولكن دلالتها على حرمة متروك التسمية مطلقاً دلالة
ظنية ، وذلك لأن الواو في قوله « وإنه لفسق » صالحة
أن تكون عاطفة للجمله التي بعدها على الجملة التي
قبلها ، فيكون معنى الآية حينئذ ، النهي عن أكل

الآيتين الدالتين على تحريم الخمر والميسر فيهما ستة أدلة كل منها قطعي في إثبات التحريم .

ولنقرأ الآيتين « بأنهما الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوات ، فهل أنتم متتهون » .

فاولا : قرن الخمر والميسر بالأنصاب وهي الأصنام في حكم واحد وهو كون جميعها رجساً .

ثانياً : حكم على كل من الخمر والميسر والأنصاب والأزلام بأنها رجس ، والرجس النجاسة وهي ما استقره الشارع ، وإن كانت مما قيل إليه النفس .

ثالثاً : أنها من عمل الشيطان - وهل يعمل الشيطان - وهو عدو الانسان الأول - إلا ما يبعده عن ربه ليكون مطروداً مثله .

رابعا : أنه - تعالى - أمر بإجتنابها والابتعاد عنها ، وهذا أبلغ في التحريم من قوله « حرمت عليكم » لأن اجتنابها يقتضى حرمة شربها وحملها وصنعها إلي غير ذلك .

خامساً : إخباره تعالى بأنها توقع العداوة والبغضاء ، وكل ما يؤدي إلى قطع أواصر المودة بين الناس يكون حراماً حتى أن الشارع حرم البسوق التي تؤدي إلى المنازعة لأنها تفضي إلى العداوة .

سادساً : أنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وكل ما شأنه كذلك فهو حرام .

وإذا كان النظر في الأدلة القطعية لا يسمى اجتهداً حقيقة وإن كان في صورة الاجتهاد ، فيحسن أن نعرف هذه الأدلة ، وهي ثلاثة أصناف :

الاول : آيات القرآن الكريم المحكمة التي لا تحتمل إلا معنى واحداً كالمشالين السابقين وآيات تحريم الزنا والقتل ، والآيات الدالة على وجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد إلى كثير من الآيات .

وما ينبغي أن يعلم أن الآية الواحدة قد تكون قطعية الدلالة في شيء ظنية في شيء آخر فمثلاً قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » قطعية في وجوب العدة وهي التربص المراد بالآية إن كانت من ذوات الحيض ، ولكن كون التربص ثلاثة أطهار أو ثلاث حبسضات هذا ظني ، والأمثلة على ذلك من الكتاب كثيرة جداً .

الثاني : من الأدلة القطعية والإجماع الصريح الذي نقل إلينا متواتراً كتحريم زواج المسلمة باليهودي أو النصراني ، وتوريث الجد أو الجدة عند فقد الأم .

الثالث : من الأدلة القطعية الأحاديث التي وردت عن رسول الله ﷺ متواترة بأن يستحيل العادة أن يتواطأ نأملوها على الكذب ، وكانت هذه الأدلة قطعية كذلك في دلالتها وهي قليلة جداً ، عد منها قوله ﷺ : « من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » فهذا الحديث قطعي في ثبوته قطعي في دلالاته على حرمة الكذب على رسول الله ﷺ .

حكم الإجتهد :

أن لله سبحانه وتعالى حكماً في كل عمل يصدر من العباد ، وما من معاملة مالية أو عقد نكاح إلا وهناك حكم شرعي من صحة أو فساد أو حل أو حرمة ، فليس الإسلام دين معاملة بين العبد وربه ، بل هو دين معاملة بين العبد وربه وبين العبد ونفسه وبين العباد بعضهم مع بعض أفراداً وجماعات .

والحوادث تتكرر والظروف تتغير وما كان - في عهد النبوة والتزليل - قد اعتوره التغير والتبدل ، ولا بد من معرفة حكم الله تعالى في كل حادثة وردها إلى أصل من أصول التشريع السماوي ولذلك فإن الاجتهاد تارة يكون واجباً عينياً (أي على شخص معين بالذات) وتارة تكون واجباً كفاًئياً (أي على الأمة في مجموعها بحيث يكون منها من يبلغ مرتبة الإجتهد) وتارة يكون مندوباً أي محبباً عند الله تعالى من غير وجوب وتارة يكون حراماً معاقباً عليه .

تحقيق صفة الاجتهاد فإن يكون محيطاً بالأدلة الشرعية فتمكنا بما عنده من الملكة من معرفة الشرعى ولو ظناً بالنظر فى هذه الأدلة وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره ومدارك الأحكام الشرعية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وما يمكن أن يرد إلى هذه الأدلة الأربعة من الأدلة المساعدة التي هي فى الحقيقة راجعة إلى هذه الأدلة كالاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف خاصة وعمامة ومذاهب الصحابة وشرح من قبلنا .

أما الكتاب - وهو أصل لجميع الأدلة - فيكتفيه منه أن يعرف آيات الأحكام وهى لا تتجاوز خمسمائة آية ولكن الحق أن من عنده ملكة الاستنباط يستطيع أن يستثمر كثيراً من الأحكام من الآيات التي وردت فى القصص القرآنى ، وليس بواجب - لتحقيق صفة الاجتهاد - أن يكون حافظاً لهذه الآيات عن ظهر قلب بل يكفي أن يعرف مواقعها فيرجع إليها وقت الحاجة .

وأما السنة فيجب أن يعرف الأحداث المتعلقة بالأحكام الشرعية متناً وسنداً ، والمتن هو لفظ الحديث والسند هم الرواة الذين رووه واحداً عن واحد حتى يتصل برسول الله ﷺ وليس بواجب أن يكون حافظاً لها ولكن يجب أن يكون عالماً بمطابقتها ، ويكفى الآن لتحقيق صفة الاجتهاد أن يعتمد فى التعديل والتجريح على أهل هذا الفن عن عرفوا بالدقة فى الرواية والتحرى فى التعديل والتجريح كالبخارى ومسلم وأبى داود وغيرهم .

وما ييسر الأمر على من يريد الاجتهاد أن هناك كتباً التزم فيها نقل أحداث الأحكام دون غيرها من أحداث المواعظ والحكم وأخبار اليوم الآخر وغير ذلك من الأغراض مثل كتاب سبيل السلام فى أحداث الأحكام ، ونيل الأوطار للشوكانى وكتاب الآثار للطحاوى ونصب الراية للزبلى وغير ذلك من الكتب التي ألقت لهذا الغرض خاصة .

وأما الإجماع فينبغى أن يتميز عنده المسائل المجمع عليها حتى لا يفتى بغير الإجماع ، وليس من الضروري

الاجتهاد الواجب وجوباً عينيّاً : أن يسأل الشخص الذى بلغ مرتبة الاجتهاد عن مسألة ولا يوجد غيره يستطيع أن يفتى فيها بالحل أو الحرمة أو الصحة أو الفساد ففى هذه الحالة يتعين على من بلغ مرتبة الاجتهاد أن يبذل جهده وطاقته فى الأدلة الشرعية ليعرف حكم الله فيما سئل عنه .

الاجتهاد الواجب وجوباً كفائياً : يكون إذا وجد غيره من المجتهدين يمكن الرجوع إليهم لمعرفة الحكم الشرعى فإذا أفتى واحد منهم بما يراه فى المسألة برئت ذمة الجميع وإذا امتنعوا أثموا جميعاً ، وكذلك إذا خلا زمان عن مجتهد يرجع إليه أئمت الأمة كلها بحكم التضامن الاجتماعى الذى وضع الإسلام أسسه بمبدأ الوجوب الكفائى الذى اعتقد أن الإسلام لم يسبق به .

الاجتهاد المندوب : وهو أن يبذل المجتهد وسعه فى استنباط أحكام شرعية لحوادث لم تقع بعد ولكن احتمال وقوعها احتمال قريب حتى إذا وقعت كان جوابها حاضراً وحتى لا يقع الناس فى الإثم قيل أن يعرف المجتهد الحكم .

وأما المسائل الفرضية التى لم تجر العادة بوقوعها أو الأغلوطات والألفاظ فإن الاشتغال بها مكروه شرعياً فإنها مضیعة للوقت واشتغال بما لا يجدى وهذا إن لم يكن حراماً ، فأقل ما يقال فيه أنه مكروه .

الاجتهاد الحرّام : وهو الاجتهاد فى مقابلة نص قطعى فى ثبوته ودلالته ، وهذا ليس اجتهاداً وإن كان فى صورة الاجتهاد ، هذا ما قرره العلماء فى حكم الاجتهاد ، ومنه تعرف أنه لا بد وأن يكون فى كل عصر مجتهدون يرجع إليهم فيما جد عن معاملات .

شروط الاجتهاد :

هناك شروط ترجع إلى المجتهد وشروط ترجع إلى المجتهد فيه : فأما ما يرجع إلى المجتهد - فمنها ما يشترط لتحقيق وصفه بالاجتهاد ، ومنها ما يرجع إلى قبول اجتهاده وجواز عمل الغير به . فأما ما يرجع إلى

من جانب الشر بعيث يقلب على ظن الناس أن يتحاشى
الغش ولا سيما فى الدين .

وإنما اشترط هذا الشرط لقبول فتواه لأن الاستفتاء
ثقة بين المستفتى والمفتى فما لم يقلب على الظن أنه
محل لهذه الثقة لا يحل له أن يأخذ بقوله فى أمور
الدين ، وذلك كالمريض لا يأخذ إلا بنصيحة طبيب
موثوق بعلمه وأمانته ، ومهما كان الطبيب مبرزاً فى
علمه ولكن عرف عنه أنه غير أمين لا تطمئن إليه
النفس ، وقد تطمئن الناس إلى الأمين وأن لم يكن
مبرزاً فى علمه ، فإن أمانته تحمله على أن ينصح
المريض باستشاره غيره إذا عجز عن تشخيص الداء أو
معرفة الدواء .

ومثل ذلك يقال فى استشارة المحامى والمهندس
والخبراء فى كل فن ، هذا والمجتهد الفاسق إن أداه
اجتهاده المستكمل للشرائط المتقدمة والشرائط الأخرى
الآتية وجب عليه العمل بإجتهاده ، فمثلاً أداه اجتهاده
إلى أن البيع قبل القبض فاسد لا يحل له بيع شيئاً قبل
القبض ، ولو فعل كان آثماً .

وإن كان بعض العلماء يرون جواز ذلك مطلقاً
وبعضهم يرون جواز ذلك فيما عدا الطعام ، وكما لا
يجوز أن يفعل ذلك لا يجوز له أن يفتى الغير برأى
غيره الذى لا يرتضيه ، ولو افترضنا مجتهداً رأى بعد
بذل جهده أن طلاق المكره واقع ، فرقع منه طلاق فى
حال الإكراه حرمت عليه زوجته ، وإن كان آخرون يرون
عدم وقوعه .

وإن كان المجتهد فاسقاً كان اجتهاده مقصوراً عليه
ولا يجوز لغيره أن يقلده ، وأما إن كان عدلاً فيجوز
تقليده ، ولا يجب على أحد من العامة - وهم الذين لم
يصلوا إلى درجة الاجتهاد - أن يقلدوا مجتهداً معيناً .

أن يكون حافظاً لهذه المسائل أو مستوعباً لها ، بل
يكفى أن يعلم أن المسألة التى يجتهد فيها قد وافق
رأيه فيها رأى إمام أياً كان أو أنها مسألة جديدة لم
تكن فى العهد الذى كان يمكن فيه الإجماع ، وهو عهد
الصحابة ، فإن الإجماع بعدهم يعتبر مستحيلاً عادة .
وأما القياس فيجب أن يكون عالماً بشروطه حتى لا
يقع فى القياس الفاسد وأن يكون عالماً بالعلل الملغاة
حتى لا يبنى عليها حكماً .

ومعرفته بالكتاب الذى هو أصل الأصول والسنة
التي تعتبر كالمذكرة التفسيرية له يتطلب العلم ببعض
العلوم ، فمن المعلوم أن القرآن عربى والنبي ﷺ عربى
، فلا بد وأن يكون خبيراً باللسان العربى وأساليب
الخطاب عند العرب ، وهذا قد يكون طبعاً وهو لا يتأتى
إلا للعرب الخالص وهم غير موجودين الآن ، وقد يكون
صناعة وذلك بمعرفة متن اللغة وليس من الضروري أن
يكون كالأصمعي وأبى عبيدة والفيروزى بآدى ، ومعرفة
النحو والصرف وليس من الضروري أن يكون كسيبويه
والكسائى وابن مالك ، وليس من الضروري أن يكون
كعبد القاهر والزمخشري فى البلاغة ، بل يكفى أن
يعرف ما يتصل بالنص الذى يريد النظر فيه مما يساعده
على فهم النص ويقره إلى معرفة المراد منه ولو ظناً .

كما يشترط أن يعرف المحكم من المتشابه ، والمطلق
من المقيد ، والمجمل من المبين ، والعام من الخاص ،
والناسخ من المنسوخ ، ويكتفيه من ذلك كله أن يعرف ما
يتصل بالنص الذى ينظر فيه ، وليس من الواجب أن
يكون مستوعباً لجميع ما فى الكتاب والسنة من هذه
الأنواع .

وأما ما يشترط لقبول الإجهاد وجواز تقليده فى
رأيه فهو شرط واحد وهو العدالة . وأحسن ما قيل فى
تعريف العدل أنه الذى لم يرتكب كبيرة ولم يصر على
صغيرة ويتحاشى ما يخل بالروعة ، وليس معنى هذا أن
يكون معصوماً من الذنوب ولكن جانب الخير فيه أقوى

الشروط التي ترجع إلى الأحكام المجتهد فيها :

الأحكام التي يجوز الإجتihad فيها - ويكون المخطئ فيها معذوراً وله أجر - هي الأحكام الشرعية الظنية أما الأحكام العقلية فالمخطئ فيها ليس بمعذور فضلاً عن أن يكون مأجوراً لأن الحق فيها واحد لا يتعدد ، إذ التقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان .

وأما إن كان الدليل شرعياً فقد عرفت أنه إما أن يكون دليلاً قطعياً أو ظنياً فإن كان الدليل قطعياً في ثبوته ودلالته ، وكان من الأمور المعروفة من الدين بالضرورة بحيث لا يجهلها مسلم نشأ في دار الإسلام كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج وبر الوالدين وحرمة قتل النفس المعصومة والزنا والربا وشرب الخمر وعقوق الوالدين ، فإن الإجتihad فيها غير جائز ، ومن رأى فيها رأياً غير ما عرف عن الشارع اعتبر كافراً ، وأما إن كان الدليل قطعياً ولكنه قد يخفى على عامة المسلمين كتحديد أنصبة الزكاة وأنصبة الورثة الشابة بكتاب الله ، وحرمة المطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن قال المجتهد فيها برأى غير ما ورد به النص فلا تتعجل القول بكفره حتى تتبين أمره ، فإن كان قد اطلع على النص وله فيه شبهة أزلنا شبهته ، وإن لم يكن قد اطلع عليه أطلعناه عليه ، ثم إن تمسك برأيه بعد ذلك فهو معاند كافر ، فضلاً عن أن يكون مأجوراً ، إذ لو كان مجتهداً طالباً للحق لرجع إليه بعد إطلاعه عليه ، فإن من أوضاع المبادئ المقررة فقهيّاً وقانوناً أنه لا إجتihad مع النص القاطع ، وهناك أدلة غير قطعية ولكن حقت بها قرائن جعلتها قريباً من القطع واليقين كالأدلة على حرمة زواج ما فوق الأربع ، وكوجوب تعميم غسل الوجه واليدين في الوضوء ، وإلا لضرورة كجرح مثلاً وكوجوب تعميم البدن في الغسل من الجنابة وكحرمة البيوع التي من شأنها أن تقضى إلى النزاع ، فإن المجتهد إذا رأى في مثل هذه المسائل رأياً مخالفاً لا نستطيع أن نحكم بكفره بأي حال من الأحوال ولكنه غير مأجور على إجتihاده هنا ، لأن رأيه إما أن

يكون عن هوى فليس بإجتihad ، وإما أن يكون قد قصر في التماس الأدلة فهو تقصير ، ولا يبعد أن يقال بتأنيمه ووجوب تأديبه ، ولذلك رأينا أبا بكر رضى الله عنه حارب الذين امتنعوا عن أداء الزكاة إلى عماله بالرغم من أنهم كانوا متأولين فقد تمسكوا بظاهر قوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم ﴾ فقد ظن المانعون أن هذا النص خاص برسول الله ﷺ لأن صلاته ودعاه للمتصدقين هي التي تورث السكينة دون صلاة ودعاء غيره ، وفاتهم أن الرسول الأكرم لم يكن يأخذ الزكاة لنفسه ولا لأهل بيته بل للفقراء والمساكين ومن عينهم الله في كتابه ، وأن خليفة الرسول صلوات الله عليه يقوم مقامه في هذا .

ورأينا عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها حينما سئلت لماذا تغض الحائض الصرم دون الصلاة أنكرت على السائلة وقالت لها : أحرورية أنت (وأحرورية طائفة من الخوارة المخالين في الدين) وكذلك رأينا الصحابة رضوان الله عليهم أنكروا أشد الإنكار على المخالفين في الآيات المتشابهات ومسائل القدر واعتبروه مبتدعاً في الدين ، ولكن لم يعتبروا كل هذه الأمور كفرّاً لأنهم متأولون ولا كفر مع الاشتباه والتأويل ، ولكن لا يمكن أن يقال إنهم مجتهدون ، فإن أصابوا فلهم أجران وأن أخطأوا فلهم أجر لأن هذا اللون من الإجتihad غالباً ما يكون عن هوى أو تقصير في تحييص الأدلة لتوفرها واستفاضتها بين علماء الأمة .

وأما أن كان الدليل ظنياً في ثبوته أو في دلالته فهو الذي يقتل فيه الإجتihad ، والمجتهد إن أصاب الحق فله أجران وأن أخطأ فله أجر بعد أن يكون قد بذل جهده وطاقته .

ولا بأس أن ينظر المجتهد نظيره في الحجة والبرهان وأن يتمسك برأيه لا تعصباً وإنما استمسكاً بما ترجع عنده من الحجج والقرائن ، فقد كان الصحابة - وهم القدوة لنا - يختلفون في المسائل ويراجع بعضهم

وهذا الاتجاه هو منطق العصر الذي يؤمن بالتخصص في كل شيء ، ففي الطب هناك طب العيون ، والجراحة والقلب والأعصاب ومثل ذلك في الصناعات فنجار أثاث ونجار عمارات وهكذا .

الاطوار التي مر بها الاجتهاد :

١- **اولا : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم :**

اجتهاد المجتهدين يكون في ثلاث حالات :

- ١- تعيين المراد من النص الظني لأنه صالح لأكثر من معنى .
- ٢- ترجيح دليل على دليل عند التعارض .

٣- إلحاق مسكوت عنه بمخصوص عليه لوجود معنى مشترك بينهما وهو القياس لا جائز أن يكون المراد من النص الظني خافياً على رسول الله ﷺ لأن وظيفته البيان فكيف يخفي عليه ولا جائز أن يخفي عليه أقوى الدليلين لأنه إن تعارض لا يمكن الجمع فيه بين الدليلين كان الثاني منها ناسخاً للأول ، وهو أول من يعسرف تاريخ النزول أو التشريع وإن كان يمكن الجمع بين الدليلين بشيء من الدقة فهذا لا يخفى عليه ، لأن هذا من وظيفته البيان .

فلم يبق إلا المقام الثالث وهو إلحاق مسكوت عنه بأصل من أصول التشريع .

أختلف العلماء في جواز إجتهاده ﷺ ، فمنهم من منع ذلك والذين قالوا بالجواز اختلفوا في وقوعه منه ﷺ ، والذين قالوا بالوقوع اختلفوا في جواز الخطأ عليه ، وحتى لا يتشعب البحث ندخل في متاهات من الجدل ، أقول ما هو المختار مؤيداً بالأدلة المختار عن المحققين من العلماء وهو ما يشهد له الدليل أن الاجتهاد من الرسول الأكرم جائز وواقع ، والخطأ - بمعنى عدم إصابته للحكم المراد لله - جائز وواقع ، ولكنه ينبه عليه فوراً وهذا لا يتقدم في مقام النبوة

بعضاً ، فتارة يرجع بعضهم إلى رأي مخالفة ، وتارة يتمسك كل منهم برأيه ، ولا يفسق بعضهم بعضاً ويصلى بعضهم خلف بعض مع اختلافهم في مسائل الطهارة والتنجاسة وبعض شروط الصلاة الأخرى .

هل يجوز ان يتجزأ الاجتهاد : إن الشروط التي

ذكرتها شروط للمجتهد المطلق ، وهو من عنده ملكة يستطيع أن يستنبط بها الأحكام الشرعية من مظانها في أى باب من أبواب الفقه وليس من الضروري أن يجيب عن كل ما يسأل عنه ، ولا تزال عنه صفة الاجتهاد المطلق بتوقفه في بعض المسائل ، فقد تواترت الأخبار عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه سئل عن أربعين مسألة فأجاب عن أربع وقال في ست وثلاثين لا أدري ، وكثيراً ما توقف أبو حنيفة والشافعي بل إن كثيراً من الصحابة توقفوا في بعض المسائل ولم يزل عنهم وصف الاجتهاد المطلق كالطبيب قد يعجز عن تشخيص بعض الأمراض أو وصف بعض الأدوية ولكن يبقى له صفة كونه طبيباً ، ومثل ذلك كثيراً جداً .

بقى الجواب عن السؤال ، وهو أيجوز أن يكون الانسان مجتهداً في بعض المسائل مقلداً في البعض الآخر ، والجواب نعم ، فإن زيد بن ثابت الأثري رضي الله عنه كان معروفاً بتبحره في علم الميراث حتى سمي باسمه ، فقيل علم زيد ، ولا يكاد يعرف فتوى في غيره إلا قليلاً ، ولا يعيب العالم أن يتبحر في بعض أجزاء العلم ويقصر في بعضها وإنما الذي يعيب العالم أن يفتي بغير ما يعلم سواء كان عالماً بأنه لا يعلم أو لا يعلم بأنه لا يعلم ، وعليه هذا فإن أمر الاجتهاد يكون قد حلت عقدة من عقده ، فإذا تخصص قوم في قسم العبادات وآخرون في الأحوال الشخصية وآخرون في المعاملات المالية وآخرون في الفقه الجنائي وغيرهم في العلاقات الدولية سهل عليهم الأمر ، وأمنوا الزلل والانحراف إلي حد كبير .

فقال رسول الله ﷺ ما ترى باين الخطاب ، فقال ، والله يا رسول الله ما أرى الذى رأى أبو بكر ولكنى أرى أن تمكنا فنضرب أعناقهم ، فتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه ، وتكن من فلان نسيبا لعمر فاضرب عنقه ، فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديده .

فهوى رسول الله ﷺ ما قاله أبو بكر ولم يهو ما قاله عمر ، فلما كان الغد جاء عمر فوجد الرسول ﷺ وأبا بكر قاعدين يبكيان ، فقال ، يا رسول الله أخبرنى من أى شئ تبكى أنت وصاحبك ، فإن وجدت بكاء بكيت وأن لم أجد بكاء تبأكيت لبكائكما ، فقرأ عليه قوله تعالى ﴿ ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة ، والله عزيز حكيم ، لولا كسب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً واتقوا الله إن الله غفور رحيم ﴾ . وبهذه الآيات أحل الله الغنيمة لهم وكذا القدية .

وكل ما قيل رداً على الاستدلال بهذه الآية تعسف لأن هذا العصب الشديدي لا يكون إلا عن خطأ منه صلوات الله عليه ، ولكن سبق قضاء الله تعالى ألا يعذب مجتهداً بذل جهده وطاقته ولم يحكم هواه وشهوته ، وهذا معنى قوله تعالى : ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ﴾ .

فإن قيل أن هذه القضية من مسائل الحرب ، وقد قلت إن مسائل الحرب لا تدخل في البحث ، والجواب أن هذا إجتهد في الحرام والحلال لأن موضوع اجتهداه ﷺ أخذ القدية وترك القتل ، حلال أم حرام وهذا من صلب التشريع .

ومن إجتهداه ﷺ الذى عرتب عليه إذنه للمتخلفين فى غزوة تبوك فى التخلف عنها : « عفا الله عنك لِمَ أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » وهذا أيضاً من صلب التشريع إذ المقام أبجل للإمام أن يفتح باب الاعتذار عن الحرب للمتردة وضعاف العزائم أم لا .

والرسالة بل هو فى ذلك قدوة للأمة أن يجتهد ، فإن أصابت فيها ونعمت وإن أخطأت بعد بذل الجهد والطاقة فقد أخطأ من هو خير منهم ، غاية الأمر أنه ينيه على خطئه حتى لا يكون شرعاً ثابتاً فى هذه المسألة بالذات .

ثم إن إجتهداه ﷺ فى مسائل الحرب وترتيب الجيوش أمر لا ينبغى أن يكون محل خلاف ، فقد تواترت الأخبار عنه أنه كان يعمل فى هذه الأمور بإجتهداه ثم بين له بعض أصحابه أن السياسة تقتضى غير ما فعل وما رأى ، فيرجع عن رأيه ويفعل ما هو الأوفق ، ولا أدل على ذلك من غزوة بدر ، إذ قال له أحد الصحابة : أهذا منزل أنزلك الله فيه ، فلا تحيد عنه أم هو الحرب والمكيدة والرأى ، فقال : بل هو الحرب والمكيدة والرأى ، فقال : هذا منزل غير صالح ، ثم أشار عليه أن ينزل منزلاً آخر أوفق من هذا المنزل ، فنزل النبى ﷺ على رأيه ونهض بالقوم إلى المنزل الذى أشار إليه الصحابى ، ومثل هذا كثير .

وكذلك ليس من موضوع بحثنا ذلك المسائل الدنيوية البهتة التى ترجع إلى تجاربه ﷺ كائسان ، ككون هذا الطعام أوفق من هذا الطعام أو هذا الدواء أفصح من هذا الدواء ، فإن هذه الأمور ليست دينية أصلاً وليست من وظيفته كنبى ورسول ، فقد صح عنه ﷺ أنه أشار على الأنصار أن يتركوا تأخير النخل ففعلوا فشاخص ، فقال ، أنتم أعلم بأمور دنياكم منى والمقام إنما هو فى الأحكام الشرعية من حل وحرمة وصحة وفساد ولو فى المسائل الدنيوية كبيع وإيجارة وهبة ونكاح وغير ذلك .

الدليل على وقوع الإجتهداه والخطأ منه ﷺ قصة أسرى بدر وحاصلها أنه ﷺ استشار أبا بكر رضى الله عنه فى شأنهم فقال ، يا رسول الله بنو العم والعشيرة أرى أن تأخذ منهم قدية تكون لنا قوة على الكفار نفسى الله أن يهديهم للإسلام .

ضاعوا (لأنهم لن يجدوا من يقوم بخدمتهم) إلى كلام كثير ، كل هذا والرسول عليه الصلاة والسلام يقول ما أراك إلا وقد حُرمت عليه ، وأخذت تجادل النبي ﷺ ، ثم نزل عليه الوحي بأوائل سورة المجادلة ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ﴾ .

إلى آخر آيات الظهار ، فنزل تشريع جديد غير ما كانوا عليه في الجاهلية .

فهل يعتبر هذا نسخاً أم تشريعاً مستأنفاً ، هذا لا يعني ، ولكن الذي يعين هو إثبات أنه كان ﷺ يجتهد إذا لم يكن هناك نص وكان تارة يقر على هذا الاجتهاد فيكون تشريعاً عاماً وتارة لا يقر فيصبح غير ذي موضوع ، وقد استند القائلون بعدم جواز إجتهاده ﷺ بقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى ﴾ .

وجه استدلالهم أن الاجتهاد ليس وحياً بدليل وقوع الخطأ فيه ، ولا خطأ مع الوحي ، والجواب أن هذه الآيات وردت في شأن القرآن ، فإن الضمير في قوله ﴿ أن هو إلا وحي يوحى ﴾ عائد على القرآن ولئن سلمنا أن هذا عام في كل ما ينطق به الرسول فإن إجتهاده ﷺ لم يكن نطقاً عن هوى بل هو امتثال للوحي لأنه مأمور به إذا لم يكن هناك نص ، وهل إجتهاده ﷺ إلا من قبيل بيان حكم الله فيما ينزل بالناس من أحداث .

وذلك يتبين لنا ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أنه ﷺ ما كان يجتهد مع النص مهما وجدت مصلحة موهومة في مخالفته ، ولا أدل على ذلك من سبب نزول آيات اللعان ، فقد صح أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو فإن الله غفور رحيم ﴾ .

ومن ذلك عتابه ﷺ في شأن عبد الله بن أم كلثوم الأعمى الذي جاء إلى الرسول صلوات الله عليه ليتذكر أمور دينه وكانت صناديد قريش معه ﷺ يدعوه إلى الإسلام ، فأعرض وتولى عنه ثقة بإيمانه ، وأقبل على هؤلاء الرؤساء رجاء أن يؤمنوا فيؤمنوا بإيمانهم خلق كثير ، فنزل قوله تعالى : ﴿ عيس وتولى أن جاءه الأعمى وما يديرك لهله يزكى أو يذكر فتنفعه الذكرى ﴾ .

وهذا أيضاً من أمور الدين ، فإن هذا درس للدعاة المرشدين ألا يعرضوا عن أتباعهم المخلصين ويقبلوا بالموعظة على من لا ترجي هدايتهم .

فهذه كلها إجتهاادات منه ﷺ لم يقره الله عليها ، بل كانت محل عتاب من ربه ، وورود هذه الآيات والقصص في القرآن الكريم دليل قاطع على أن هذا الكتاب من عند الله وأن الرسول الأكرم بلغه كما أنزل ، لم يكتم منه شيئاً ، ولو كان من عند محمد - كما يزعم الحاقدون - لستر مثل هذه الأحداث ولم ينشرها لتكون قرآناً يتلى في كل وقت وحين ، وصدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين فما منكم من أحد عنه حاجزين ﴾ . ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ﴾ .

ومن الإجتهااد الذي لم يعاتب عليه وإن كان ما شرع بعد غير ما أفتى ، قصة الظهار ، وحاصلها أن خولة بنت ثعلبة كانت زوجة لابن عم لها وهو أوس بن الصامت وكان شيخاً فيه شيء من سرعة الغضب فطلب منها أمراً فلم تستجب له ، فقال لها أنت علي كظهر أمي ، وكان الظهار في الجاهلية يعتبر تحريماً مؤبداً ، فأتت خولة رسول الله تسأل ، فقال لم ينزل علي فيك شيء وما أعلمك أو ما أراك إلا قد حرمت عليه تحكيماً للعرف عند عدم النص ، وهذا من أصول التشريع ، فقالت يا رسول الله إن لي منه صبية إن ضممتهم إلى جاعوا (لعجزى عن الاتفاق عليهم) وإن ضممتهم إليه

الامر الثاني: أن إجتهاده ﷺ كان مبنياً على رعاية المصلحة كمسألة الأسرى ، ومسألة الأعمى ، ومسألة المنافقين أو كان مبنياً على تطبيق العرف الجارى كمسألة الظهار .

الامر الثالث: أنه ﷺ ما كان يقر على خطأ مهما كان يسيراً ، فإن علو مقامه يتطلب أسمى المراتب وأعلاها .

ثانياً: إجتهاده الصحابة في حضرته صلى الله عليه وسلم:

والحق في هذه المسألة أن ذلك جائز بل واقع بعد إذنه ﷺ بدليل قصة سعد بن معاذ رضى الله عنه حينما حكمه رسول الله ﷺ في بنى قريظة ف قضى فيهم بحكمه المشهور وهو قتل مقاتليهم وسبى نسايتهم وذرايرهم جزاء خيانتهم وغدرهم للمسلمين في وقت الشدة ، فقال رسول الله ﷺ : لقد حكمت بحكم الله .

وأما الإجتهاذ في حضرته بدون إذنه فالحق أن هذا غير جائز لأنه اقتضات عليه ورجم بالظن مع إمكان اليقين ، ولأنهم رضوان الله عليهم كانوا أكثر الناس إجلالاً له وتوقيراً .

ثالثاً: إجتهاذ الصحابة بعديين عنه صلى الله عليه وسلم:

والحق أن ذلك جائز وواقع كثيراً ، فقد كان يرسل الأمراء والقضاة وتعرض عليهم قضايا الناس فإن وجدوا فيها نصاً أفتوا به وإلا اجتهدوا ثم يرجعون إليه فإن أقرهم كان شريعاً مقررأ وإلا بين لهم وجهة خطئهم من غير أن يؤاخذهم على شئ . فعلموه إجتهاذاً ، اللهم إلا إذا كان خطأ فاحشاً فمن إجتهادهم الذى أقرهم عليه ما يأتى :

أولاً: أنه بعد أن انصرف المشركون إلى بلادهم في غزوة الخندق ، نادى منادى رسول الله ﷺ ألا يصلين أحد العصر إلا في بنى قريظة ، فمنهم من رأى أن المراد

قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار رضى الله عنه ، أنهكذا أنزلت يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ ، يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم ، فقالوا يا رسول الله لا تلمه ، فإنه رجل غير ، والله ما تزوج امرأة قط إلا بكراً ، ولا طلق امرأة قط فجزئ أحد منا أن يتزوجها من شدة غيبرته ، فقال سعد ، والله يا رسول الله إني لأعلم أنها الحق ، وأنها من الله ولكن قد تعجبت أنى لو وجدت لكاعاً (امرأة سيئة الخلق) قد تفخذها رجل لم يكن لى أن أهيجها ولا أحرکه حتى آتى بأربعة شهداء ، فوالله انى لا آتى بهم حتى يقضى حاجته ، قال فما لبثوا إلا يسيراً حتى جاء هلال بن أمية وهو من الثلاثة الذين تيب عليهم ، فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً وقد سمى في بعض الروايات أنه شريك بن سمحاً فرأى بعينه وسمع بأذنيه ، فلم يهجه حتى أصبح ففدا على رسول الله ﷺ فقال : إني جئت أهلى عشاء فوجدت عنده رجلاً فرأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فذكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، وصح أنه قال له : البينة أوجد في ظهرك ، وكررها عليه فقال هلال الذى بعثك بالحق إني لصديق ولينزلن ما يبرأ به ظهري من الحـد ، فنزل جبريل وأنزل عليه آيات اللعان وهى قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان الكاذبين ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾ .

فلاعن النبى ﷺ بينهما ثم فرق بينهما ، فما أنت ترى أنه ﷺ لم يجتهد في هذه المسألة ، وإنما شرع في تطبيق آيات القذف الأولى بالرغم مما أثاره سعد بن عبادة من اعتراض له وجاهته .

وآيات اللعان تعتبر نسخاً جزئياً لآية القذف أو تخصيصاً لمعوموها على خلاف في ذلك بين الأصوليين .

رابعاً: الإجتهد في عصر الصحابة:

كان من أثر الفتح الإسلامية وإختلاط العرب بغيرهم من الأمم أن وجدت أحداث ومشكلات لم تكن في عهد الرسول الأكرم ، وهذه المشاكل تتطلب حلولاً ، ولا بد أن تكون هذه الحلول في إطار هذا الدين الذي به عزمهم وفيه قاتلوا وقتلوا .

وبالرغم من أن الكثرة الكثيرة من الصحابة كانوا عرباً خلصاً ، يفهمون ماخطبوا به من كتاب الله وماخطبهم به رسول الله ﷺ إلا أن حظهم في استنباط الأحكام الشرعية من مظانها لم يكن متساوياً لتفاوت عقولهم وإطلاع بعضهم دون البعض على أسباب التنزيل وأسرار التأويل ، ولهذا لم يكن كل الصحابة مجتهدين بل أقصى عدد عرف عنهم الفتيا - كما يقول ابن القيم في أعلام الموقعين - نيف وثلاثون ومائة ، المكثرون منهم سبعة فقط وهم عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وعائشة أم المؤمنين ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم .

ومنهم المتوسطون في الفتيا وعد منهم أبو بكر رضي الله عنه ، ولعل قلة فتواه عن غيره لقصر عمره بعد رسول الله ﷺ وعدم تزامم المشكلات العويصة في عهده واشتغاله بتشبيث الدولة بعد أن تزلزلت أركانها بوفاة الرسول ﷺ ، ومنهم عثمان بن عفان وأبو موسى الأشعري وأبو سعيد الخدري ، وأنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ وأبو هريرة مع أن الأخيرين كانا مكثرين في الرواية ، ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الله بن الزبير ومن النساء أم المؤمنين السيدة أم سلمة رضي الله عنهم جميعاً .

ويقول ابن القيم أن كل واحد من هؤلاء يمكن أن يجمع من فتاويه جزء صغير ومنهم من لم ينقل عنه إلا المسألة أو المسألتان أو أكثر من ذلك قليلاً .

وهذا يدلنا على أن الأمة كلها ليست مكلفة بالاجتهاد بل مكلفة بأن يكون منهم من يرجع إليه

السرعة لا تأخير العصر ، ومنهم من رأى حرمة الصلاة إلا هناك فلم يصلها إلا بعد العشاء الأخير ، ولم ينكر النبي ﷺ على هؤلاء أو أولئك .

ثانياً: ما ثبت في الصحيح أن سرية من سراياه ﷺ كانت تفزو قريباً من البحر فجزر البحر عن حوت عظيم ، ومات ، وقالوا نحن رسل رسول الله ﷺ وقد ساق الله إلينا هذا الرزق ، فأكلوا منه ، فلما رجعوا إلى رسول الله ﷺ حدثوه ، فقال أصعكم منه شيء ، فقالوا نعم فأخذه وأكل منه وأخبرهم أن ميتة البحر حل لهم .

ثالثاً: لما أرسل الرسول ﷺ معاذاً والياً على اليمن قال له بم تقضى ، فقال بكتاب الله : فإن لم نجد ، قال فبسنة رسول الله ، فقال : فإن لم نجد ، فقال أجتهد رأيي ولا ألو (أى لا أقصر) فضرب رسول الله ﷺ صدره (إعجاباً) وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضاه رسول الله .

ومن الإجتهد الذي رده النبي ﷺ لوضوح بطلانه ما يأتي:

أولاً: أن قوماً من المسلمين لقوا رجلاً ، فألقى عليهم السلام ، فظنوا أنه إنما فعل ذلك تقية ونفاقاً ، فقتلوه واستأقوا ما معه من غنم ، فلم يقبل منهم هذا الإجتهد ، ودفع رسول الله ﷺ القدية لأهله ، ولم يقبلهم لأنهم كانوا متأولين ، ولا قصاص مع الشبهة .

ثانياً: ما روى أن رسول الله ﷺ أرسل سرية ، فأمر قائدها الجند أن يوقدوا ناراً ثم أمرهم أن يقتحموها ، فأبوا عليه ذلك ، فقال لهم ألم يأمركم رسول الله أن تطيعوني فأبوا عليه ذلك فلما رجعوا وأخبروه الخبر قال لهم لو اقتحمتموها لقيتم بها إلي يوم القيامة ، وأنكر على القائد تصرفه هذا ، وهذا لوضوح أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وأياً ما كان ، فقد كانوا يراجعونه ﷺ في إجتهدهم إذا رجعوا إليه فإن أقرهم كان تشريعاً عاماً ، وإلا أصبح غير ذي موضوع .

الله عنه من المؤلفلة قلوبهم ، فإنه لم يعطل النص كما يقول بعض من لا فقه عنده بل كان يرى أن مناط الحكم وهو التأليف لم يكن موجوداً في عهده وذلك لأن الدولة التي كانت تضرب كسرى وقيصر ليست في حاجة إلى تأليف أمثال الأقرع بن حابس والعباس بن مرداس والزيرقان بن بدر وأضرهما .

كما كانوا يختلفون في بعض أقوال وأفعال النبي ﷺ أكانت صادرة منه بوصفه رسولاً فتكون ملزمة للأمة أم بوصفه إماماً فتكون من السياسة الشرعية التي تتغير بتغير الأزمان ، وذلك كاختلافهم في سلب القتل ، أوجب شرعاً أن يكون للقاتل ، فلا يحل للإمام أن يحرمه منه أم أنه صدر عن الرسول بوصفه إماماً فيكون من حق الإمام أن يقضي في الأسلوب بما يرى أنه أوفق لمصالح الأمة .

وأما اجتهداهم بالرأى فيما لا نص ولا إجماع فيه ، فكان الأصل الذي يلتزمون أن يقيسوا الأشياء بالأشياء والنظائر بالنظائر كما ورد في عهد عمر لأبي موسى الأشعري ، ثم إذا تعددت الأشياء والنظائر أخذوا بما هو أوفق لروح التشريع وقواعد الشريعة العامة وأقرب إلى تحقيق العدل .

ومن قال أن الصحابة رجحوا القول بالمصلحة على النص فقد افترى إشاعاً عظيماً ، وكل ما نقل عنهم - مما ظاهره ذلك - راجع إما إلى نص أو قاعدة من قواعد التشريع العامة مأخوذة من نص ، كسد الذرائع ودفع أقوى الضررين إلى غير ذلك من القواعد ، ولولا الإطالة والإطناب لتشبهت هذه المسائل وتبينت سندها من الكتاب أو السنة أو الرأي والقياس الصحيح .

وكيف يجزؤ صحابي بل مسلم أن يقدم ما تخيله من مصلحة على نص قاطع في كتاب أو سنة ثابتة عن رسول الله ﷺ وهو يتلو قوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ .

لمعرفة أحكام الدين فيما جدد ويجدد من الأحداث والنوازل ولو كانت الأمة كلها ملزمة بالاجتهاد للزم على ذلك الحرج فليس كل إنسان أهلاً للاجتهاد ولو اشتغلت الأمة كلها بالاجتهاد لتعطلت المصالح ، والاسلام إنما جاء لينظم الحياة على أسس كريمة لا يطفى فيها الفرد على الجماعة ولا الجماعة على الفرد .

الانسان التي بنى عليها الصحابة اجتهداهم

لما يجب أن يعلم أن التشريع الاسلامي في كل العصور له مصادره الخاصة ، ففي عهد الرسول ﷺ كان مصدره الكتاب والسنة ثم الاجتهاد ، فإن لم يبنه إلى خطئه كان ملتصقاً بهما وإلا أصبح غير ذي موضوع .

وفي عهد الصحابة كان مرجعهم أيضاً الكتاب والسنة والرأى إلا أنه جد دليل رابع وهو الإجماع ، فقد تكون مسألة دليلها ظني في حد ذاته ولكن اجتمعت آراء المجتهدين فيها على رأى واحد إرضته الأمة ولم يقع فيه نزاع فتصبح هذه المسألة قضية لا يجوز الخلاف فيها ، ومهما قيل في التشكيك في الإجماع فإنه قد وقع فعلاً في مسائل عدة يعرفها الممارسون للفقه الاسلامي ومنها حرمة زواج المسلمة بالكتابي مع أن القرآن الكريم لم ينص صراحة إلا على تحريم زواجها من المشرك ونص على التحريم ضمناً في سورة المحتشنة ومنها توريث الجد والجددة عند فقد الأب والأم ، ومنها حرمة صوطوة الأب بملك اليمين مع أن النص يمكن أن يحمل على المنكوحة بعقد الزواج إلى كثير من المسائل وأقل ما يقال في مخالفة الإجماع - أنه تفريق للكلمة الأمة وخروج على الجماعة ومن خرج على الجماعة قيد شبر فقد مات ميتة جاهلية .

واجتهاد الصحابة كان في معرفة المراد من النص وترجيح بعض الأدلة على بعض عند التعارض ، كما كان في تحقيق مناط الحكم في الحوادث أو بعبارة أوضح في تطبيق النص على الحادثة وكانوا يتفاوتون في ذلك تفاوتاً كبيراً ، ولأضرب في ذلك مثلاً بموقف عمر رضي

هؤلاء الأربعة ، فأما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر ، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس ، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود .

ثم يقول في مقام آخر عن ابن وهب : أنه قال : حدثني موسى بن علي النخعي عن أبيه أن عمر بن الخطاب ، خطب الناس بالخابية ، فقال : « من أراد أن يسأل عن الفرائض فليأت زيد بن ثابت ، ومن أراد أن يسأل عن الفقه فليأت معاذ بن جبل ، ومن أراد المال فليأتني » .

هذا ، وما ينبغي أن يعلم أن قواعد الاجتهاد في هذا العصر لم تكن قواعد مكتوبة ، ولكنها معروفة عندهم ، تساعد على ملكاتهم السليمة وقرب عهدهم بالرسول ومعرفة بعضهم بعضاً في ضبط الرواية ، وسلامة لسانهم من اللحن ، فلم يكونوا في حاجة إلى إفتاء العصر في تعلم اللغة ومعرفة أسرار التنزيل ، ولا في معرفة الرجال ومعرفة عدالتهم أو تجريدهم ، ولم يكن وضع الحديث معروفاً بينهم ، ولذلك هانت المثونة عليهم وقربت الشقة .

الاجتهاد في عصر التابعين

في هذا العصر استقرت الفتوحات الإسلامية في كثير من البلدان ، وجدت نوازل كثيرة ، ووجدت في الأعصار الإسلامية المشهورة مدارس للفقه لكل منها طابعها الخاص ، وكثر عدد المشتغلين بالفقه لحاجة الأمة إلى ذلك ، ولعلت أسماء كثيرة اجتذبت شهرتهم الناس قسماً إليهم من كل فج عميق يلتمسون الفقه في الدين .

وكانت طريقتهم في استنباط الأحكام هي طريقة الصحابة وإن كانت مثونة الاجتهاد بالنسبة إليهم أشق قليلاً عنها في عهد الصحابة ، ولكن الصحابة قد مهدوا لهم الطريق وفتحوا لهم أبواباً من الفهم ربما شقت عليهم .

وما ينبغي أن يقال في هذا المقام أن الصحابة لم يتأثروا في اجتهداهم بفقه غيرهم من الأمم ، فلم يأخذوا شيئاً من فقه الرومان أو فارس ، فإن الذين عرفوا بالفقهاء عن الصحابة لم يعرف عنهم أنهم خرجوا من الجزيرة العربية .

وعلى بن أبي طالب وقد عاش في أواخر حياته في العراق - وهو موطن الفرس - لم يكن له من وقته ما يسمح له أن يجلس إلى قناتوني يأخذ عنه قانون الفرس ، بل كان مشغولاً بالحرب وإطفا الفتن التي شبت هنا وهناك .

وإن مسعود ، وإن كان قد عاش في الكوفة إلا أنها يومئذ كانت ثغراً عربياً لجيوش العرب الموكول إليها حراسة جناح الدولة الشرقي ، ولم يعرف للفرس مدرسة حقوق حتى يلتحق بها ابن مسعود وأمثاله .

نعم إن المسلمين الأولين عالجوا المشكلات التي صادفتهم في البلاد المفتوحة ولكن بروح الإسلام وتعاليمه وإذا كانت هناك أمور ترك فيها الناس لعاداتهم فلأنه ليس فيها نص والعمل بالعرف مبدأ إسلامي لا مبدأ مستجلب من هنا أو هناك .

وإذا كان القليل من أصحاب رسول الله ﷺ هم المفتين المجتهدين فإن الذين حفظت فتواهم ونقلت إلينا جيلاً عن جيل أقل من القليل ، ففقه عمر كان ابن مسعود أحرص الناس على نقله ثم نقله عن أتباعه ، وكان ابن مسعود لا يعدل برأي عمر رأياً ، وفقه علي مع كثرته لا يعتمد منه إلا ما نقله عنه الثقات من آل بيته ومنهم بن عباس ، وفقه عائشة تخصص في النقل عنها القاسم بن محمد بن أبي بكر وهو ابن أخيها ، وعروة بن الزبير وهو ابن أختها أسماء .

ويقول ابن القيم في أعلام الموقعين « الدين والفقه انتشر في الأمة عن أصحاب ابن مسعود ، وأصحاب زيد بن ثابت ، وأصحاب عبد الله بن عمر ، وأصحاب عبد الله بن عباس ، فعمل الناس عامتهم عن أصحاب

وكان ممن اشتهروا بالزهد والورع وهو وإن كان من فقهاء الصحابة المتوسطين في الفتيا لترحله الشديد في القول في الدين .

وما ينبغي أن يعلم أن شيئاً من هذه الفتاوى لم يدون في هذا العصر بل كان حل اعتمادهم على المشافعة والرواية والحفظ وذلك لأنهم كانوا يتخرجون من تدوين شيء من ذلك حتى أحاديث الرسول ﷺ خشية أن يختلط الأمر على الناس فيخلطون بين القرآن والسنة وفتاوى الصحابة اللهم إلا ما نقل من أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم من فقهاء المدينة كانت عنده صحيفة توارثها عن أبيه عن جده فيها أنصبة الزكاة وبعض المسائل .

وأول ما يبدى في تدوين ما سوى القرآن كان في عهد الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز في آخر القرن الأول ومطلع القرن الثاني ، فقد سمح للعلماء أن يدونوا علومهم بعد أن استقر الأمر وكثر حفظ القرآن وانتشروا في الأقطار وأطمأنت القلوب بأنه لن يكون هناك تحريف في القرآن .

وكان أول الأمر أنهم دونوا الأحاديث مختلطة بفتاوى الصحابة والتابعين معتمدين على الرواية ، والعهد بعد قريب ، ولم تكن الأحاديث مبسوبة ، بل كانت تدون كيفما اتفق خشية أن تنسى مع الزمن ، وكانت طريقتهم أيضاً ، التلقي والرواية ولكن يسمح للراوى أن يكتب ما سمع ، وهذه صورة مجسلة لما كان عليه الفقه والاجتهاد في عهد التابعين .

أصحاب المذاهب المعروفة

كان القرن الهجري العصر الذهبي للفقه الاسلامي ، فقد سمح للعلماء أن يدونوا علومهم ، وكثر عدد المشتغلين بالفقه في كل الأعصار الإسلامية ، وأصبحت هناك مدارس متميزة لكل طائفتها الخاص ، فمدرسة الحجاز وقتناز بالعسكوف على الآثار ، ولا تكاد تجاوز المأثور المتوارث ، ومدرسة العراق وقتناز بالميل إلى

ويلاحظ كذلك أن فقهاء التابعين كان كل منهم متأثراً بالصحابي الذي أخذ عنه ، وهذا يبدى ، فإن التلميذ كثيراً ما يتأثر بأستاذه مهما كان له من قوة الشخصية ، ففقهاء المدينة كانوا متأثرين بفقهاء عمر وابنه وعائشة وأشهرهم على الإطلاق سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد بن أبي بكر وهناك كثيرون غيرهم .

وفقهاء مكة كانوا متأثرين بابن عباس ، وأشهرهم عطاء بن رباح ، وطاوس ابن كيسان ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وهناك كثير غيرهم ممن أخذ عنه .

وفقهاء الكوفة تأثروا بابن مسعود وأشهرهم علقمة وإبراهيم النخعي وعنه الأسود بن يزيد وشريح القاضي وكثيرون .

وأما البصرة فإمامها في هذا العهد الحسن البصري وقد قيل أنه أدرك خمسمائة من الصحابة ، وقد جمع بعض العلماء فتاويه في سبعة أسفار ضخمة ضاعت فيما ضاع من التراث الإسلامي ، إذ الظاهر من سيرة هذا الإمام أنه أخذ عن كثير من الصحابة ولم يتخصص على أستاذ واحد ، فتكونت له ملكة خاصة .

وكان من المفتين في الشام أبو مسلم الخولاني وعبد الرحمن بن غنم الأشعري - وهما يمينان - فلا بد أن يكونا قد تأثرا بفقهاء معاذ بن جبل الذي أرسله رسول الله ﷺ إلى اليمن ، وانتهت رئاسة الفقهاء في الشام إلى الإمام الأوزاعي حتى قيل عنه إنه إمام أهل الشام ، ولا ننس عمر بن عبد العزيز وآراءه فلها قيمتها ، وقد تأثر بفتاها مصر والمدينة لأنه تولى فيها الإمامة ، وأما مصر فكان فيها في أول عهد التابعين يزيد بن حبيب وبكير بن عبد الله ابن الأشعث ثم من بعدهما عمرو بن الحارث ثم انتهت رئاسة الفقهاء فيها في أواخر عهد التابعين إلى الليث بن سعد فقيه أهل مصر .

ولابد وأن يكون فقهاء مصر قد تأثروا بمذهب عبد الله بن عمرو بن العاص إلى حد كبير لأنه عاش بينهم ،

وقد اختلف المؤرخون في أول من سلك هذا السبيل وألف في هذا العلم ، فابن التديم في فهرسه يقول : إن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة هو أول من ألف في هذا العلم ، والشعبة الإمامية يقولون إن أول من ألف في هذا العلم هو هشام بن الحكم تلميذ الإمام الباقر ، فقد ألف رسالة في مباحث الألفاظ ، وهي من أهم مباحث هذا العلم ، والمشهور عند العلماء أن أول من ألف في هذا العلم هو الإمام الشافعي رضي الله عنه ، فإن له رسالة في هذا العلم وضعها كمقدمة لكتابه الأم بين فيها منهجه في الاجتهاد فيبين فيها العام والخاص والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ وأحكام كل ذلك .

وأياً ما كان فإننا إلى اليوم لم نعر على مؤلف في الأصول أقدم من رسالة الشافعي ، ولا شك أن ذلك كان ثمرة العلوم العربية والشرعية المعروفة في عصره ، واستطاع بما عرف عنه من ذكاء خارق أن يجمع شتاتها ويؤلف بين متفرقاتها ، فكان أول رائد معروف لنا في هذا المضمار .

هناك قواعد مسلمة عند جميع الأئمة لم يشذ عنها أحد ، كتقدم الكتاب على السنة ، والسنة الصحيحة على القياس ، وأنه لا اجتهاد مع النص القاطع ولا مع الإجماع المتواتر ، وأن التخصيص لا بد له من دليل شرعي .

كما اختلفوا في بعض القواعد الأصولية ككون دلالة العام قطعية أم ظنية ، والاستثناء بعد جمل متعاطفة أيرجع إلى الكل أم إلى الأخير .

ومع اتفاقهم على كثير من القواعد اختلفوا في التطبيق ، كما هو مبسوط في كتب الأصول والفروع .

وكثرت المناظرات بين الفقهاء وأدلى كل منهم برأيه ودليله ، وفي كتاب الأم للشافعي الكثير من تلك المناظرات .

ولم يكن أحد من هؤلاء الأئمة متعصباً لرأيه ، بل كان على استعداد أن يرجع عنه إن تبين له خطؤه وصحة رأي خصمه .

الرأي ، وفي منتصف هذا القرن أنشئت بغداد وأصبحت مشابة للعلماء من كل لون واختلطت فيها الثقافات وشجع الخلفاء العلماء ولاسيما الفقهاء .

وفي هذا العصر كثرت المصطلحات الفقهية التي لم تكن معروفة من قبل كلفظ الشرط ، والركن ، والمندوب ، والمباح ، والرخصة ، والعزيمة ، والعام ، والخاص ، والمطلق ، والمقيد ، والمجمل ، والمبين ، والظاهر ، والضمني ، والمشكل إلى أمثال ذلك من المصطلحات والتي استحدثت تيسيراً على المتعلمين وقييماً لأنواع العبارات والمعاملات وأنواع الخطاب بعضها عن بعض .

وليس معنى هذا أن مدلول هذه الألفاظ لم يكن معروفاً من قبل ، كلا بل كانت معروفة لهم ولكن المستحدث هو إطلاق هذه الأسماء وتحديد معانيها .

ثم إن سند الحديث طال ، والرواية بين المحدث والرسول ﷺ لا يقبلون عن ثلاثة في أي حال من الأحوال واستكثر أناس من الرواية ، ومنهم العدل الثقة الضابط ومنهم المتهم والمدلس ، بل منهم الكذاب ، وكان لابد من معرفة الرواية حتى يقبل حديث العدول الشفقات دون المدلسين والوضوح ، فكثرت المصطلحات عند المحدثين ، فهناك الحديث المتواتر ، والمستفيض ، والمشهور ، والصحيح ، والحسن ، والضعيف ، والمتصل ، والمنفصل ، والمرسل ، والموقوف ، والمرفوع ، والواهي والموضوع إلى غير ذلك مما هو معلوم عند أهل الحديث .

وفي هذا العصر كثر اللحن في اللغة ، فبعد أن كانت اللغة ملكة أصبحت صناعة فطلب معرفة النحو والصرف من اللغة وعلوم البلاغة .

أمام كل هذه المشكلات أصبح الفقه يتطلب العلم بعلوم لم يكن المتقدمون في حاجة إليها لأنها كانت عندهم ميسرة ، ودعت الحاجة إلى وضع قواعد يلتزمها المجتهدون حتى لا يكون الأمر فوضى ، وهذه القواعد مستنبطة من أساليب المتقدمين التي التزموها وإن لم تكن مدونة ، هذه القواعد هي علم أصول الفقه .

معه في القاعدة وذلك كتلاميذ أبي حنيفة وهم أبو يوسف القاضي صاحب كتاب الخراج ومحمد بن الحسن الشيباني الذي جمع مذهب أبي حنيفة في كتب ظاهر الرواية المجموعة في كتاب المبسوط للسرخس وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد .

وكأصحاب مالك كعبد الله بن وهب ، وعثمان بن كنانة ، وأشهب ، وابن القاسم ، وكانوا لا يخالفونه إلا في القليل النادر .

وأصحاب الشافعي كالزني ، والبيوطي ، وابن عبد الحكم وكانوا أول أمرهم يقلدون مالكا ثم التزموا تقليد الشافعي ولم يخرجوا على رأيه إلا قليلا .

ومن أشهر من أخذ عن الإمام أحمد ابنه عبد الله وابنه حنبل وكثير من المحدثين .

وتميز هذا العصر بتأليف الموسوعات في الفقه في كل مذهب من هذه المذاهب كالمدينة للإمام مالك ، والخراج لأبي يوسف ، وكتب ظاهر الرواية والنوادر ، والجامع الكبير والجامع الصغير والسير للإمام محمد والمختصر في فقه الشافعي للزني والجامع الكبير ، للخلال يقع في أكثر من عشرين سفرا رويت فيه فتاوى الإمام أحمد وتعتبر كتب هذا العصر مرجعا للعلماء في العصور التالية .

عصر التقليد

ما إن انتهى هذا العصر حتى بدأ عصر التقليد والتعصب للمذاهب المختلفة وكان المقلدون على طبقات .

الطبقة الثانية : بعد مجتهدى المذاهب طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب ، فإنهم كانوا يخالفون إمامهم في الأصول ولا في الفروع ولكن كانوا يجتهدون في المسائل التي لا نص فيها عن إمامهم على حسب أصوله وقواعده مذهب كأبي بكر الحفص وأبي جعفر الطائفي وشمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخس .

ولا أدل على ذلك من موقف الإمام مالك حينما جمع موطأه ، وأراد الخليفة يومئذ أن يجمع الناس عليه بعد كتاب الله ، وهذا شرف تطمح إليه النفوس ، ولكنه أبي وقال إن هذا العلم حمله العدول وتفرقوا في الأمصار وأن هذا هو ما وصل إلي ، وليس هو كل ما صح عن الرسول ﷺ وقال له لا تضيق على الناس أمرا وسعه الله عليهم .

إن هذا العصر كان مليئا بالأئمة المجتهدين الذين لا يقولون في قوة حججهم وبعد نظرهم عن الأئمة الأربعة المشهورين ، ولكن لم يجدوا من يعنى بنشر مذاهبهم .

ونذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر ابن أبي ليلى وابن شبرمة وكانا معاصرين لأبي حنيفة ولهم به لقا وله معهما مناظرات متقولة في كتب الفقه .

وهناك الأزاعي إمام أهل الشام بلا منازع وكان مذهبه شائعا في شمال إفريقيا ، وفي الأندلس ثم زاحمه مذهب مالك في شمال إفريقيا والأندلس ، ومذهب الشافعي وأحد في الشام ، ومن عرفوا في هذا العصر الليث بن سعد إمام أهل مصر من غير مدافع ، ولولا أن أصحابه ضيعوه لكان من أصحاب المذاهب المشهورة ، ومنهم أبو تور وهو معاصر للشافعي وأخذ عنه ثم كان له مذهب الخاص .

هذا إلى فقهاء أهل البيت وأشهرهم جعفر الصادق وإليه ينسب الجعفرية الإثنا عشرية ، وزيد بن علي وإليه ينسب الزيدية ومذهبا ، ولازالا منتشرين في بعض البلاد الإسلامية ، وتتميز مذاهب أهل البيت بعدم الأخذ بالقياس ، والاعتماد في الأحاديث على طائفة خاصة من الصحابة على اختلاف فيسما بينهم في بعض التفصيلات .

عصر مجتهدى المذاهب

ما إن انتهى القرن الثاني الهجري حتى تقررت أصول الإجهاد وتميزت مصطلحات الفقهاء واشتغل تلاميذ كل إمام بنشر مذهبه والتفرع على قواعده وقد يختلف التلميذ مع أستاذه في التطبيق وإن كان متفقا

الطبقة الثالثة : من المقلدين ويعرفون بأصحاب

التخريج وكانوا لا يقدرون على الإجتهد أصلاً لكنهم لاحظتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين منقول عن صاحب المذهب أو عن أحد من أصحابه المجتهدين . ومن هؤلاء أبو بكر الرازى المعروف بالخصاص .

الطبقة الرابعة : من المقلدين الذين يستطيعون

تفضيل بعض الروايات على بعض بقولهم هذا أولى وهذا أوفق للقياس وهذا أرفق بالناس وهذا أصح رواية وهذا أوضح دليلاً ، ومنهم أبو الحسن القدورى وصاحب الهداية .

الطبقة الخامسة : من المقلدين القادرين على التمييز

بين الأثرى والقوى ، والضعيف ، وظاهر الرواية ، وظاهر المذهب ، والرواية النادرة ، وهم أصحاب المنون المعتمد عليها فى المذاهب كصاحب الكنز وصاحب المختار ، لا ينقلون فى كتبهم الأقوال المردودة والروايات الضعيفة .

الطبقة السادسة : من المقلدين الذين لا يقدرون على

التمييز بين الفث السمين والقوى والضعيف بل هم خاطبوا ليل يجمعون كل مايقع فى أيديهم من أقوال من سبقهم من غير تحييص ولا تنبيه على مدى صحة مايرى من أقوال السابقين .

هل لازل باب الإجتهد مفتوحاً ؟

إن الذين قالوا بقتل باب الإجتهد لم يعتمدوا فى ذلك على نص من كتاب الله أو حديث عن رسول الله ولكنهم لما رأوا قوما جعلوا حكم الهوى إجتهداً ورأوا من :

يغنى على مذهب المعز وسيفه

وهو النفوس وشحها الملحاح

ورأوا من لم تتوفر فيه شروط الاجتهاد ، ولم يتأهل له ، وإنما عنده من كل علم المامسه لا تغنى ، لما رأوا هؤلاء تصدوا للفتيا فى دين الله ، وجعلوا دينهم تبعاً لهوهم قالوا بقتل باب الإجتهد ، واكتفوا بما عندهم من آراء المذاهب الفقهية الثابتة المنقولة نقلًا صحيحًا معتمدين فى ذلك على قاعدة سد الذرائع وكل اجتهاد هؤلاء إفا هو فى استنباط المسائل المحدثة التى لم تكن فى عهد الأئمة من قواعد هؤلاء الأئمة .

واحتجوا فى ذلك بأن متونة الاجتهاد - الآن - شاقة وعسيرة لبعد العهد بيننا وبين عهد النبوة ، وفساد اللسان العربى وكثرة المصطلحات وتشعب الآراء ، وإذا كان الأمر كذلك فإن الإجتهد فيه حرج ، والحرج مدفوع بالنص لقوله تعالى : ﴿ ما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ .

والحق الذى أدين الله عليه أن الإجتهد ممكن وإن كان عسيراً ، وما يسير أمره على المشتغلين بالفقه هو تخصص كل جماعة بالتعمق فى قسم خاص من أقسام الفقه وأن يعنى بدراسة الفقه المقارن ، فإن معرفة مدارك العلماء فى استنباط الأحكام تفتح أبواباً من الفكر تساعد على تربية ملكة الاستنباط ، وقد بينت أنه ليس من الضرورى أن يكون الإنسان فى النحو كسبيويه وفى البلاغة كعبد الظاهر وفى الحديث كالبخارى ، بل يكفيه أن يعرف النص الذى ينظر فيه من جميع نواحيه ويبحث عن المعارض حتى يقلب على ظنه أنه ليس هناك معارض وأن يطرح الهوى جانباً وألا يحكم أولاً ثم يبحث عن الدليل ثانياً .

وسد الذرائع - وإن كان مبدأً إسلامياً - مشروط بألا يؤدى إلى ضرر أفدح ، ولا شك أن قفل باب الإجتهد يؤدى الى جمود الفكر الإسلامى وعدم استجابته لحاجة المجتمع الإسلامى فيكون ذلك قد جافى الدين نفسه . وهذا أخطر على الدين من وجود أعداء للإجتهد ومفتين لا يبالون بما يفتون ، على أنه يمكن تلاقي هذا النقص بوجود هيئة لها مكانتها العلمية فى

الثالث: أن لفظ الأُمى يطلق ويراد به كل من لا يستطيع استنباط الأحكام الشرعية من مظانها وإن بلغ الغاية في العلوم الأخرى ، كما يطلق على المجتهد في بعض المسائل دون بعضها على القول بتجزئه الاجتهاد أنه أُمى فيما لا يستطيع الاجتهاد فيه ، مجتهد فيما يستطيع .

الرابع : أن الأحكام الشرعية منها أمور اعتقادية وعملية ، والعملية منها ما هو ملتحق بالعقائد ومنها ما هو ظني .

إذا عرف هذا ، فأبدأ بعرض المسائل .

المسألة الأولى : بالغ قوم في ذم التقليد حتى إنك لتشعر إذا قرأت ما كتبه أن المقلد في كل شيء أصلاً وفرعاً ضال آثم وأن كل واحد من الأمة واجب عليه أن يعرف كل حكم شرعي بدليله .

ومن هؤلاء ابن حزم في كتابه الإحكام في أصول الأحكام وابن القيم في كتابه أعلام الموقعين .

وهناك قوم أجازوا التقليد حتى في أصول الشريعة ، وقد نقل ذلك عن أبي الحسن العنبري من المعتزلة وعن بعض الشافعية ، بل منهم من قال بوجوبه في الأصول .

والدخول في جدل بين هؤلاء وأولئك مضية للوقت بعد أن يثبت بيقين أن الأمة في كل عصورها كان منها المجتهدون ومنها المقلدون ، فالقول بوجوب هذا دون هذا مغالطة لا تصمد أمام التمهيص .

والذي أدين الله عليه أن التقليد بمعنى التعصب لمجتهد دون غيره هو الممنوع لأن ذلك التزام مالا يلزم بغير دليل شرعي ، فإنه لا أحد يجب تقليده وإتباعه إلا الرسول ﷺ ولو أوجبنا الاجتهاد على كل الأمة للزم على ذلك الحرج الشديد ولتغطت المصالح ولكان هذا تكليفاً بما لا يطاق عند الكثرة الكثيرة من الأمة .

المسألة الثانية : غير المجتهد إذا وقعت له حادثة لا يعرف حكمها ، ولا يستطيع أن يعرفه من مظانه وجب عليه أن يستفتي مجتهداً وهذا عما لا خلاف فيه لقوله

الفقه الإسلامي تشرف على هذه الفتاوى ، فما كان منها مقبولاً أقرته وما كان منها منحرفاً أنكرته وبينت زيفه وما كان منها محلاً للدراسة دوسته وتفهمته ثم تقول للناس رأبها فيه .

فإن قيل أن هذا إساءة لحرية الفكر وهي أساس وفي المجتمع ، أقول اننا نسىء الى قضية الحرية بإياحة نشر الأفكار المضللة مغلفة في تغاليف من الشبهة الواهية ونسئ الى العلم بالسماح لمن لم يتأهل له أن يخوض فيه ، فكما أننا لا نسمح لمن لم يتعلم الطب أن يكون طبيباً ولن لم يتعلم الهندسة أن يكون مهندساً ، بل إن الطبيب الذي تعلم الطب لو ارتكب خطأ لا يقع فيه الأطباء اعتبر مسئولاً مدنياً وجنائياً والمهندس الذي يقع في خطأ ينكره المهندسون لا يعفى من المسئولية ، فلماذا لا يحاسب من خاض في أمور التشريع وهو لم يتأهل لها ، ولماذا لا يؤخذ من أفتى في أمر الدين بما لا يتفق مع قواعد الدين .

التقليد :

هو العمل بقول الغير من غير حجة كأخذ العامي من المجتهد وليس منه اتباع الأمة للرسول ﷺ لأنه اتباع وأخذ بالدليل المقتضى لوجوب الإقتداء والتأسي به .

« وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »
« ولقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة » .

وفي هذا الموضوع مسائل لا بد من التعرض لها لأهميتها :

وقبل الخوض في هذه المسائل أحب أن أقرر أموراً :

الأول : أن التقليد أخذ بالظن لا باليقين ، فإن المجتهد المقلد ليس معصوماً ، فالحظاً جائز عليه .

الثاني : أن من حفظ الأحكام الفقهية ولو بأدلتها من غير أن تكون له ملكة استنباطها من أدلتها لا يعتبر فقيهاً في عرف الأصوليين والفقهاء ، وإن جرى عرف المتأخرين على إطلاق هذا الاسم عليه .

وإذا تيقن له عدم اتصافه بهما أو بأحدهما فلا يجوز له تقليده ، وإن قلده كان أثماً . يبقى إن جهل حاله علماً وعدالة .

والحق أنه إن جهل حاله في العلم فلا يجوز أن يقلده كمن عنده مريض فذهب به إلى من لا يعرف عنه الطب فلبّاه بأثم لأنه تعريض النفس للتهلكة ، وهذا فيه تعريض دينه للتهلكة ، والتحوط في الدين أكد من غيره .

وإما إن جهل في العدالة مع شهرته في العلم ، فالحق أنه يجوز له أن يستفتيه ويأخذ برأيه إذ أمر العدالة مبنى على السر ، ولأن الغالب أن المشتغل بالعلوم الدينية يكون عدلاً ، ولا عيرة بالنادر الأقل .

المسألة الرابعة : يجوز لمجتهد المذهب ولأهل التخريج أن يفتي برأي إمامه تخريجاً على مذهبه بشرط أن يغلب على ظنه عدم وجود ما يعارض رأي إمامه من أدلة أقوى من أدلة إمامه فقد كان أصحاب أبي حنيفة يفتنون ويخرجون على مذهب أبي حنيفة مع وجود مجتهدين كاملين كالشافعي وأحمد وغيرهما ، ولم ينكر عليهم أحد ذلك ، ولأننا لو قلنا هذا الباب لم نجد من يرشد الناس إلى أحكام دينهم .

المسألة الخامسة : يجوز تقليد المفضلون مع وجود الأفضل بعد أن يكونوا قد بلغوا مرتبة الإجتهد وذلك كتقليد الصحابة لرأي زيد بن ثابت في توريث الجد مع الإخوة وترك كثير منهم لرأي الصديق الأكبر وهو ولا شك أفضل منه ، وكاقتداء كثير منهم لابن مسعود في رأيه في الحامل المتوفى عنها زوجها في قوله إن عدتها وضع الحمل وتركهم لرأي علي كرم الله وجهه في أن عدتها أبعد الأجلين .

وكذلك فإن دليل التقليد هو قوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ لا يوجب إلا أن يكون المسئول من أهل الذكر فيما يسأل عنه ، وليس من الضروري أن يكون قد بلغ الغاية .

تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ وكان السلف يرجع عاصيهم إلى عالمهم فيما يعرض لهم من أحداث .

وأما إن كان من أهل الإجتهد ولكنه لا يحضره حكم في هذه المسألة ، أيجوز له أن يقلد غيره أم لا .

فقال قوم نعم ، وقال قوم لا ، وفصل آخرون فقالوا إن ضاق الوقت عليه بحيث لو اشتغل بالبحث عن الدليل فانت الحادثة ، جاز له التقليد وإلا لا ، وقال قوم إن ثبت عنده صحة الدليل أخذ به وإلا فلا .

وأما الرأي الراجح هو الأول لتواتر الأخبار عن السلف أنه كان يسأل بعضهم بعضاً عالمهم وأميرهم ، وكانوا يقولون قول المفتي من غير أن يطالبوه بالدليل إلا قليلاً .

وعلى هذا الرأي في القوة الرأي الثالث وهو جوازُه عند خشية فوات الحادثة لأنه عذر ينزل فيه العالم منزلة الأمي لضيق الوقت .

وأما المانعون فقد استدلوا بأن المجتهد يقدر على معرفة الحكم بنفسه فلا يصار إلى الغير مع قدرته ، كما لا يجوز المصير إلى التيمم مع القدرة على استعمال الماء وأجيب بأن الواجب هو معرفة الحكم ولو ظناً ، وهذا حاصل باجتهاده هو أو اجتهدا غيره ، إذ المفروض أن المسألة ظنية .

وأما من اشترط معرفة صحة اجتهاد من يستفتيه ، فالجواب أنه لا يكون عندئذ مقلداً .

وأما المجتهد الذي انتهى في مسألة إلى رأي فلا يجوز له أن يعمل بغير رأيه .

المسألة السادسة : إذا غلب على ظن العاصي علم وعدالة بعض الناس ولو بطريق التسامح وإقبال الناس عليه جاز له أن يستفتيه في أمر دينه وأن يأخذ بفتواه فيما يجوز فيه الاجتهاد .

شرح الأستاذ / جلال سعد عثمان المحامى

والأمين العام المساعد لنقابة
المحامين

فى كتابة دراسة جديدة له
حول



« قانون الأحوال الشخصية »

معلقاً على نصوصه

فراى ان يخص بها مجلة المحاماة أولاً قبل نشرها فى
كتابه .

والله نسأل ان ينفع بجهده هذا وان يبارك فيه فكانت
هذه هى مقدمة الكتاب

مقدمة

فقد كان ما كتبه الله لى أن أشتغل بقضايا الأحوال
الشخصية منذ عهد مبكر وعلى وجه التحديد منذ ثلاثة
عشر عاماً ولعل السبب فى أن أشتغل بمثل هذا النوع
من القضايا هو أننى كنت أؤم الناس وأخطبهم وأدرسهم
ومن خطب الناس أو درسهم ، فلابد أن يسألوه ، ولا
مفر له من أن يجيب . وهذا ما دعانى إلى الاهتمام
بفقه الشريعة ولا سيما المتعلق منها بأحكام الأسرة أو
ما أطلق عليه اصطلاحاً بالأحوال الشخصية ولا مشاحه
فى الاصطلاح كما قال علماؤنا .

ومن هنا قام فى نفسى أمل قنيتُ « أن أقوم به وأن
اعان عليه وهو أن أقدم دراسة لقانون الأحوال الشخصية
وأن أعلق على نصوصه بما لابد منه أضيّق نطاق ...
بطريقة جديدة غير معهودة لأننى لاحظت فى كثير من
الشرح - مع توقيري الكامل لهم ولفضل سبقهم -

أنهم شرحوا النصوص وكأنها تنزيل من التنزيل ، وقبس
من نور الذكر الحكيم . وهذا ليس بالخطر وأنا أحظر ما
فى الأمر وأسوأه أن يُضفوا على هذه النصوص الشرعية
- رغم مخالفة بعضها للشريعة الإسلامية .

وذلك يسكرونهم عليها دون التنويه على هذه المخالفة
.. وكان من نعمة الله على أيضاً أن تحررت منذ وقت
مبكر من ريقه التمهيد والتقليد والتعصب لقول عالم
شخصه أو شارح بعنيه ولعل الفضل فى ذلك يرجع إلى
بيئة الحركة الإسلامية المعاصرة التى كنت ولا زالت
أعيش من رحابها ، فقد تعلمت من هذه البيئة أن التحرر
من العصبية وأن أزن أقوال الشراح الذين سبقونى بيزان
الكتاب والسنة فما وافقهما من أقوال السلف قبلناه ،
وإلا فكتاب ربنا وسنة نبينا أولى بالاتباع . فالله عز
وجل يقول « قل هاتوا برهانكم أن كنتم صادقين » .

ولا يسمى العلمُ علماً إذا كان ناشئاً من غير دليل
ولقد قال الامام على - كرم الله وجهه - « لا تعرف الحق
بالرجال بل أعرف الحق تعرف أهله » .

كذلك من المفيد النافع أن أذكر أهداف عملى ونهجى
فى هذا الكتاب :

أن المنهج الذى اتبعته فى هذا الكتاب يقوم على
عدة قواعد أهمها :

القاعدة الأولى :

لا عصبية ولا تقليد :

أولاً التحرر من التقليد الأعمى لزيد أو لعمرى من
المتقدمين أو المتأخرين ، فقد قيل : لا يقلد الاعصى أو
غيبى . وأنا لا أرضى لنفسى واحداً من الوصفين .

هذا مع تقديرى الكامل ، واحترامى التام لمن
سبقونى ، فعدم تقليدهم ليس خطأً من شأنهم بل سيراً
على نهجهم ، وتنفيذاً لوصايهم بأن نأخذ من حيث
أخذوا .

٣- المقارنة أو الموازنة بين النص القانوني الوارد بقانون الأحوال الشخصية وبين موقف الإسلام منه وهذا هو الجديد النافع لإنني لاحظت كما قلت سابقاً أن بعض الشراح يقوم بإيراد النص القانوني وكأنه تنزيل من التنزيل مع أنه نص بشري يؤخذ منه ويترك لأنه من مناهج البشر وأنظمتهم التي ينصَحُ عليها تصوراتهم وأهواؤهم ونزعاتهم ونقصهم الذاتي .

أين ما يضع الانسان مما يخلق الله ؟

الم ترى ان السيف يزرى بقدره

إذا قيل هذا السيف امضى من العصا

والذي أؤكدته وأنا منشرح الصدر ، مطمئن القلب ، أن الذي يدرس الإسلام دراسة عميقة ، ثم يدرس غيره من الفلسفات الأرضية المسموخة يتبين له أن الإسلام لا يمكن إلا أن يكون منهج الله الخالد ونظامه الكامل فلا وجه للمقارنة إذن - بينه وبين مناهج البشر ..

وأذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر من الأحكام المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا القانون .

(أ) اعتبار البنت البالغة من أطفال الحضانه حتى تتزوج . راجع التعليق على نص المادة ١٠/٢٠ .

(ب) والتطبيق لضرر تصد الزوجات . راجع التعليق على نص المادة ١١ مكرر .

(ج) وإخراج المطلق من مسكنه ليكون مسكناً للحضانه راجع التعليق على نص المادة ١٨ مكرر ثالثاً .

(د) إجبار الزوج عند زواجه على بيان أسماء زوجاته ومحل إقامتهن . راجع التعليق على نص المادة ٢٣ مكرر .

(هـ) بعض أحكام دعوى الاعتراض على الطاعة . راجع التعليق على نص المادة ١١ مكرر ثانياً .

ولذلك تجدني في هذا الكتاب لم أجزم رأياً في قضية أثبتت بدون دليل قوي ، سالم من معارض معتبر ولم أكن كـبعض الناس الذين ينصرون رأياً معيناً لأنه قول فلان أو مذهب فلان دون نظر إلى دليل أو برهان وعمدتي في هذا هو قول ربنا تبارك وتعالى ﴿ قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين ﴾ .

القاعدة الثانية :

مخاطبة القراء بلغه العصر :

فمن القواعد التي التزمتها ، أن أخطب الناس بلغه عصرهم التي يفهمون متجنباً وعوره المصطلحات الفقهية الصعبة ، وخشونه الألفاظ الغريبة ، متوخياً السهولة والدقة .

وقد جاء عن الامام علي : « حدثوا الناس بما يعرفون ، ودعوا ما ينكرون أتريدون أن يكذب الله ورسوله » .

فاستخدمت اللغة السهلة القريبة المألوفة فخطبت العقول بالمنطق ولم أثر العواطف بالمبالغات فإن البشرية لم تعرف ديناً يحترم العقل والعلم كما يحترمه الإسلام .

القاعدة الثالثة :

اعطاء النص الشرعي حقه من الشرح والإيضاح :

ولا بأس هنا أن أسجل أهم الخطوات التي كنت اتبعها في الشرح والبيان منها :

١- إيراد النص القانوني مع بيان عما إذا كان قد تم تعديله بالقانون ١٠٠ لسنة ٨٥ من عدمه .

٢- بيان السند الشرعي للنص والتدليل عليه من خلال الأدلة الشرعية المعتمدة « من كتاب وسنه وإجماع » . وذلك لإعتقادي بأن النص التشريعي لا معنى له إذا لم يذكر معه دليله ، بل جمال الفتوى وروحها الدليل كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية .

(و) بعض أحكام المتعة . راجع التعليق على نص المادة ١٨ مكرر إلى آخره .

٤- **كذلك من خطوات المنهج** الذي سلكته في هذا الكتاب والخطة التي سرت عليها بعد إيراد النص وإعطاء سنده الشرعي والمقارنة بينه وبين موقف الإسلام منه قمت بالتعليق على النص وضمنته آراء الفقه الشرعي قديمه وحديثه واعتمدت على المستحدث في قضاء النقص في الأحوال الشخصية بحساباته من مصادر التشريع ووسائل تفسيره ثم ذكرت ما قد يعتبره النص المعلق عليه من مشكلات عملية من واقع تجرّبت العملية في المحاماة التي كشفت لي عن أن كثيراً من تعقيد الاجراءات لا يرجع إلي مضمون القاعدة الإجرائية كما وردت في النص التشريعي بقدر ما يرجع في كثير من الاحيان إلى التعليمات والمنشورات الإدارية ..

كما أنه لا يفوتني أن أذكر في هذا المقام أن أقول من باب « لا يعرف الفضل لأهل الفضل إلا ذووه » أنني استعدت كثيراً من الأستاذ الفاضل رئيس نيابه النقص حالياً الأستاذ أشرف مصطفى كمال من عرضه للمشكلات العملية في كتابه القيم « المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية » .

٥- **كذلك من خطوات هذا المنهج** : أنني لم أذكر المذكرة الإيضاحية للنص على أهميتها إلا بالقدر الذي يفيد في إيضاح غموض النص وذلك توفيقاً بين الرغبة في تقديم أكبر قدر من المعلومات في ضغط حيز الكتاب تأكيداً لقنائده وحرصاً عليه من السأمه والاملال .. مع علمي التام بأن القوانين لا تفسر بظواهر ألفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الإيضاحية ومصدرها التاريخي ، والفكرة التي انبعت منها نظرة الذين وضعوها ..

٦- **كذلك من خطوات هذا المنهج** : هو أنني بعد أن أنهى شرحي وبياني للنص أذكر فائدة عملية تتمثل في الدفع القانوني التي يمكن أن يشرها النص إلي جانب إيراد بعض الصيغ الغير معهوده في كتب الصيغ الشرعية ..

٧- **كذلك من خطوات هذا المنهج** :

تحديد المصادر وجمع المادة :

وكان أول ما علي أن أقوم به هو تجميع المادة المطلوبة من مآثها ، أعني تجميع النصوص والأقوال اللازمة للبحث من مصادرنا القديمة والحديثة الشرعية والوضعية وخاصة نصوص القرآن والسنة .

ومصادري هنا في هذا الكتاب غزيرة موفورة ، وهي مزيج من كتب التفسير في مختلف الأعصار . التفسير بالرواية ، والتفسير بالرأى ، وخاصة تفسير آيات الأحكام وكتب الحديث ، مستونه وشروحه ، وروايته ودرايته وجرحه وتعديله ولا سيما كتب فقه الحديث كمنتقى الأخبار وشرحه . وكتب الفقه المذهبي والمقارن ، وبخاصة تلك التي تعنى بالادلة والرء على المخالفين ، وكذلك كتب الاصول والقواعد الفقهية . وكذلك كتب من سبقوني وكان لهم فضل سبق في هذا المجال اذكر منهم على سبيل المثال :

١- المشكلات العلمية للأستاذ / أشرف مصطفى كمال

٢- موسوعة الفقه والقضاء ، للمستشار / عزمي البكري .

٣- والتعليق على نصوص الأحوال الشخصية للمستشار / نصر الجندي .

٤- وكتابات وبحوث أبي زهره في مسائل الأحوال الشخصية .

٥- ثم ذيلت النص بأحدث أحكام محكمة النقص وذلك بذكر المبادئ التي قررتها هذه المحكمة .

كما حرصت على تعدد المراجع قدر المستطاع تيسيراً على الباحث والعناية بمواطن الاختلاف اثرًا للإجتهد .

٨- **أما عن علة اختياري لهذا الأسلوب في الشرح** وهو التعليق علي النصوص رغم اعتراض الكثيرين عليه وتشبيهه بأسلوب مدارس الشرح على المتن؟؟ فأنتى كمحام يدرك أن الواجبات عند المحامين أكثر من الأوقات ونظرًا لضيق وقتنا ، وكثرة ارتباطاتنا والتزاماتنا فإنه يصعب عليا أن ترجع إلى المراجع الفقهية فوجدت أن هذا الأسلوب له فائدة بالقه لأنه يتيح للمحامي أن يكون لديه إلمام سريع جامع مرن عن الموضوع الذى يريد أن يؤصله وإن كان شرعى لهذه النصوص لا بغنى عن الرجوع إلى المراجع الفقهية أو يعنى الباحث من الإستعانة بمجامع الأحكام وأما قصدت من هذا الأسلوب أن اعرض نصوص قانون الأحوال الشخصية بين دفتى كتاب واحد يسهل الرجوع إليه كله في وقت واحد مسلطاً عليه ااضواء من أحكام القضاء وآراء الفقهاء . تكشف عن موقعها من هذه النصوص وتكشف فى يسر عن مواضع البحث فى هذه النصوص ومكان الخلاف فيها مع تقديم العون بالإرشاد إلى

مواطن هذا البحث وهذه هى الخطة التى يتعين أن ينظر إلي الكتاب من خلالها فإن أصابت هذه الدراسة وهذه الخطة الهدف منها ، فهذا ما أحمده الله عليه ، وهو الذى إليه قصدت وله سميت وجهدت ، ولله وحده المنه والفضل ، وهو المستول أن ينفع بهذا الجهد وإلا يصل الجهد فيه إلى حد الاسهاب المل لعلمى بأن الهم قد داخلها القصور والبواعث قد غلبت عليها الفتور ، وقصر العمر مانع من استيفاء المقصود قاله أسأل . أن ينفع بهذا الجهد وأن يبارك فيه ، وإن قصرت عن بلوغ الرمى فحسبى انى اجتهدت ومحريت ولم آل جهداً أو أدخر وسعاً وعسأى أن لا أحرَم أجر من اجتهد ، ومثوبه من نوى ، ولكل مجتهد نصيب ولكل أمرئى ما نوى .

كما أسأله تبارك وتعالى أن ينفع به كاتبه وقارنه ومستمعه وجميع المسلمين وأن يرزقنى فيه من الاخلاص ما يكون كفيلاً لى فى الآخرة بالخلاص ، ومن التوفيق ما يدلنى على أرشد طريق ، وأرجو منه الاعانة على حَزَن الأمر وسهله وأتوكل عليه ، وأعتصم بحبله وهو حسي ونعم الوكيل .

﴿ وربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ﴾

سورة المحتسنة ، آية ٤ .

الإسلام دين الدولة .. واللغة العربية لغتها الرسمية ...

ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

« مادة ٢ من الدستور »

محتويات

- أولاً : من قضاء النقض في الإجراءات ١٣
- ثانياً : الأبحاث والدراسات القانونية
- ١- بحث في الإضراب في القانون المصري المقارن
للدكتورة / ناهد العجوز المحامية بدمياط ٩٣
- ٢- إلزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات
للمسيد الأستاذ / لطفي يوسف عبد الحليم المحامي بنك القاهرة ١٣١
- ٣- أحكام المحكمين وتنفيذها في قانون المرافعات المصري
للمسيد الأستاذ / حمدي بريك رضوان المحامي ١٧٣
- ٤- الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
للمسيد الأستاذ / منتصر الزيات المحامي بالأستئناف العالي ومجلس الدولة ١٨٥
- ٥- اختلاف شكل الحبس الاحتياطي باختلاف شكل النظام السياسي الحاكم
الأستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح المحامي بالنقض ٢٣٩
- ٦- الإجتهد في الفقه الإسلامي
الأستاذ / يدرت نوال محمد بدير المحامي بالنقض ٢٤٧
- ٧- قانون الأحوال الشخصية
الأستاذ / جلال سعد عثمان المحامي ٢٦٧

المحاماه



قالوا عن



Bibliotheca Alexandrina



0531391